

HORST ANNECKE

Miteigentum im gesetzlichen Güterstand?

1960

Miteigentum im gesetzlichen Güterstand?

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
HORST ANNECKE
aus Berlin

1968



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Nörr

2. Berichterstatter: Priv.-Doz. Dr. Schulte

Dekan: Prof. Dr. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Dezember 1968

Fotodruck: Max Kramer, 44 Münster (Westf.), Aegidistraße 23

INHALTSÜBERSICHT

	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
<u>Einleitung</u>	1
<u>Erster Teil:</u> Die rechtlichen Konsequenzen der Eigentums- verhältnisse im gesetzlichen Güterstand	4
A. Bedeutung des gesetzlichen Güterstandes	4
B. Konsequenzen der Eigentumsverhältnisse in der Zuge- winngemeinschaft	7
I. Nachteile für den am Eigentum seines Ehepartners nicht beteiligten Ehegatten	8
II. Nachteile des Miteigentums für das Innenverhält- nis der Ehegatten und den Rechtsverkehr	12
<u>Zweiter Teil:</u> Der auf die Eigentumsverhältnisse bezogene Wille der Ehegatten	20
A. Kritik der zur Kennzeichnung des Willens in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten	21
I. Der Wille der Ehegatten, grundsätzlich Miteigentum zu gleichen Anteilen zu erwerben	22
II. Der Wille der Ehegatten, Miteigentum grundsätzlich nur im Falle gemeinschaftlicher Finanzierung zu erwerben	28
B. Versuch einer Kennzeichnung des auf die ehelichen Eigentumsverhältnisse bezogenen Willens der Ehe- gatten	30
I. Die Vermutung, die vom typischen Willen der Ehe- gatten auf den individuellen Willen der Ehegatten im konkreten Einzelfall schließen läßt	31
1. Der auf das wirtschaftlich Notwendige oder Sinnvolle gerichtete typische Wille	32
a) Der entscheidende Einfluß der ökonomischen Verhältnisse auf die Eigentumsverteilung in der Familie und Ehe der Vergangenheit	33

	<u>Seite</u>
b) Der geringe Einfluß der ökonomischen Verhältnisse auf die Eigentumsverteilung der Familie und Ehe der Gegenwart	37
2. Der den persönlichen Verhältnissen der Ehegatten entsprechende typische Wille	46
a) Die Ehe der Gegenwart als partnerschaftliche Intimgruppe	48
b) Der typische Wille in der partnerschaftlichen Intimgruppe	58
aa) Der grundsätzlich auf eine sachenrechtliche Trennung gerichtete Wille	58
bb) Der auf Miteigentum gerichtete Wille, wenn die Ehefrau den Haushalt mitfinanziert	65
(1) Die Berechtigung einer unterschiedlichen Eigentumsverteilung in der Ehe der Nur-Hausfrau und der Ehe der erwerbstätigen Ehefrau	69
(2) Genaue Kennzeichnung des Willens bei gemeinschaftlicher Finanzierung	74
C. Zwischenergebnis	78
<u>Dritter Teil</u> : Juristische Konstruktion des Miteigentumserwerbs in der Zugewinnsgemeinschaft	80
A. Der Ehemann schließt das dem Erwerb eines beweglichen Gegenstandes zugrunde liegende Rechtsgeschäft ab	81
I. Miteigentumserwerb der Ehefrau auf Grund gesellschaftsrechtlicher Vorschriften	83
II. Miteigentumserwerb der Ehefrau durch Vertreterhandeln ihres Ehemannes	87
1. Die sachenrechtlichen Voraussetzungen eines gleichzeitigen Miteigentumserwerbs beider Ehegatten	87
a) Die dingliche Einigung hinsichtlich beider Miteigentumsanteile	87
b) Die Übergabe hinsichtlich beider Miteigentumsanteile	89
c) Das dem mittelbaren Mitbesitz der Ehefrau zugrunde liegende Besitzmittlungsverhältnis	93

2. Die vertretungsrechtlichen Voraussetzungen eines gleichzeitigen Miteigentumserwerbs beider Ehegatten	95
a) Anforderungen des Offenkundigkeitsprinzips an die Vertretererklärung des Ehemannes	96
b) Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips durch "Handeln für den es angeht"	98
aa) Dingliches "Handeln für den es angeht" bei Bargeschäften	98
bb) Dingliches "Handeln für den es angeht" bei Kreditgeschäften im engeren Sinne	100
cc) Dingliches "Handeln für den es angeht" bei sog. finanzierten Käufen	103
dd) Schlußfolgerung	104
c) Vertretungsmacht des Ehemannes	105

III. Miteigentumserwerb der Ehefrau im Rahmen des § 1370	107
--	-----

B. Die Ehefrau schließt das dem Erwerb eines beweglichen Gegenstandes zugrunde liegende Rechtsgeschäft ab	109
I. Die in den häuslichen Wirkungskreis der Ehefrau fallenden Anschaffungen	110
1. Grundsätzlicher Alleinerwerb des Ehemannes bei wortgetreuer Auslegung des § 1357	110
2. Gleichzeitiger Miteigentumserwerb beider Ehegatten, wenn die Ehefrau eine entsprechende Erklärung ausdrücklich abgibt oder "sich aus den Umständen etwas anderes ergibt"	114
3. Gleichzeitiger Miteigentumserwerb beider Ehegatten durch dingliches Handeln der Ehefrau "für den es angeht"	116
a) Erste Modifizierung des Instituts auf Grund der Rechtsnatur der Fremdwirkung in § 1357	117
b) Zweite Modifizierung des Instituts durch Umkehrung der Interessenlage in § 1357	124
4. Miteigentumserwerb der Ehefrau, wenn sie ihre subsidiären Zahlungsverpflichtungen aus § 1357 I 2, 1. Halbs. nachgekommen ist	128

	<u>Seite</u>
a) Miteigentumserwerb der Ehefrau, wenn der Ehemann das Eigentum am Kaufgegenstand bereits erworben hat	131
aa) Dingliche Surrogation und Gegenleistungsprinzip	131
bb) Zahlungs- und Übereignungsansprüche	133
b) Miteigentumserwerb der Ehefrau, wenn der Ehemann das Eigentum am Kaufgegenstand noch nicht erworben hat	143
II. Die nicht in den häuslichen Wirkungskreis der Ehefrau fallenden Anschaffungen	146
C. Beide Ehegatten treten beim Abschluß des dem Erwerb eines beweglichen Gegenstandes zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts gemeinschaftlich auf	147
D. Schenkungen an und unter Ehegatten	148
E. Der Erwerb von Liegenschaften	155

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

=====

- | | |
|---|---|
| Achilles-Greif-Beitzke | Bürgerliches Gesetzbuch,
Berlin 1958 |
| Alebrand | Die Bildung von Gesamtgut der
Ehegatten am Hausrat gemäß
§ 1353 Abs. 1 BGB
FamRZ 55, 348 ff |
| Altenstetter | In: Deutscher Notartag 1952
München, Berlin 1952 |
| Amtliche Begründung
der Bundesregierung | Begründung der Bundesregierung
zum Gleichberechtigungsgesetz,
Entwurf II, Deutscher Bundestag,
2. Wahlperiode, Drucksache 224,
Anlage |
| Amtliche Begründung
der Hausratsverordnung | Amtliche Begründung der 6. DVO
zum Ehegesetz,
DJ 44, 248 ff |
| Arnold | Zur Neuregelung der Schlüssel-
gewalt (§ 1357 BGB) in der Fas-
sung des Gleichberechtigungsges-
etzes,
FamRZ 58, 193 ff |
| Bärmann | Das neue Ehegüterrecht,
AcP 158, 145 ff |
| Ballerstedt | Zur Haftung für culpa in contra-
hendo bei Geschäftsabschluß
durch Stellvertreter,
AcP 151, 501 ff |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung,
München, Berlin 1963 |
| Baur | Zwangsvollstreckungs- und kon-
kursrechtliche Fragen zum
Gleichberechtigungsgesetz,
FamRZ 58, 252 ff |
| - | Lehrbuch des Sachenrechts,
München, Berlin 1963 |
| Bartholomeyczik | Erbrecht,
München, Berlin 1960 |

- v. Biebertstein Das Abzählungsgeschäft und seine Finanzierung,
München, Berlin 1959
- Biermann Bürgerliches Gesetzbuch,
3. Buch, Sachenrecht,
Berlin 1914
- Blöcker Die neuen Wirklichkeiten,
Larstadt 1961
- Böle-Blaeschner Gesetz, betreffend die Anfechtung
von Rechtshandlungen eines Schuld-
ners außerhalb des Konkursverfah-
rens,
München, Berlin 1951
- Konkursordnung,
München, Berlin 1965
- Boehmer, Gustav Aus der Arbeit des Ausschusses
für eheliches Güterrecht,
Sonderdruck ohne weitere Angaben
- Einige kritische Gedanken zum
Gleichberechtigungsgesetz,
in: Festschrift für Hedemann
zum 80. Geburtstag,
Berlin 1958
- Schadensersatzansprüche wegen Ver-
letzung oder Tötung des im Haus-
halt oder Geschäft mitarbeitenden
Ehegatten,
FamRZ 60, 173 ff
- Buchbesprechung, H. Lehmann,
Deutsches Familienrecht,
JZ 61, 267 f
- Boennecke Zur Problematik des § 739 ZPO und
des § 1362 in der Fassung des
Gleichberechtigungsgesetzes,
NJW 59, 1360 f
- Bohne Das Geschick der zwei Millionen;
Die alleinstehende Frau in unse-
rer Gesellschaft,
Düsseldorf 1960
- Bonnecase La philosophie du Code Napoléon,
Paris 1928

- VIII -

- de Boor Bürgerliches Recht, Sachen-,
 Familien- und Erbrecht,
 Wien 1930
- Bosch Gleichberechtigung im Bereich
 der elterlichen Gewalt,
 SJZ 50, 626 ff
- Familienrechtsreform,
 Siegburg 1952
- Neue Rechtsordnung in Ehe und
 Familie,
 Siegburg 1954
- Die Situation in Ehe- und Famili-
 enrecht,
 Rpfl. 1953, S. 387 ff, 481 ff,
 547 ff
- Gleichberechtigung von Mann und
 Frau,
 Rpfl. Sonderheft, S. 12 ff,
 Bielefeld 1954
- Zur Neuordnung des ehelichen Gü-
 terrechts, Gutachten vom 12.7.1954
 vor dem Bundestagsausschuß für
 Rechtswesen und Verfassungsrecht,
 Auszug, FamRZ 54, 149 ff
- Bemerkungen zum "Gleichberechti-
 gungsgesetz, FamRZ 57, 189 ff
- Ergänzende Bemerkungen zum Gleich-
 berechtigungsgesetz,
 FamRZ 57, 231 ff
- Freiheit und Bildung im neuen
 deutschen Familienrecht,
 FamRZ 58, 83 ff
- Das neue Ehevermögensrecht, ins-
 besondere das Ehegüterrecht
 .(Grundlinien und Hauptprobleme),
 FamRZ 58, 289 ff
- Braunschweig Die Schlüsselgewalt nach schwei-
 zerischem Recht,
 Diss. Zürich 1946

- IX -

Breslauer	Sozietäre, Nr. 15, Jahrgang VIII des Central- blattes des Bundes deutscher Frauenvereine
Brincker	Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach dem Gleichberechtigungsgesetz, Diss. Köln 1962
Brühl	Unterhaltsrecht, Bielefeld 1960
Bydlinski	Der Gleichheitsgrundsatz im öster- reichischen Privatrecht, in: Verhandlungen des österreichi- schen Juristentages, Wien 1961, Band I, 1. Teil, S. 120 ff
v. Caemmerer	Zur Gleichberechtigung der Ge- schlechter im Beamtenrecht, AöR 76, 144 ff
-	Bereicherung und unerlaubte Hand- lung, in: Festschrift für Ernst Rabel, Band 1, S. 333 ff
Cohn	Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, in dogmatischer und rechtsver- gleichender Darstellung, in: Arbeiten zum Handels-, Ge- werbe- und Landwirtschafts- recht, Band 61, Marburg 1931
De Man	Vermassung und Kulturverfall, München 1951
Deutscher Notartag 1952	München, Berlin 1952
Dölle	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, in: Um Recht und Gerechtigkeit, Festschrift für Erich Kaufmann, Stuttgart 1950
-	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, JZ 53, 357 ff
-	Errungenschaftsgemeinschaft - gesetzlicher Güterstand? JZ 53, 617 ff

- Dölle Zur Neuordnung des ehelichen
Güterrechts,
FamRZ 54, 149 ff
- Darstellung des Deutschen Famili-
enrechts mit rechtsvergleichenden
Hinweisen, Band I,
Karlsruhe 1964
- Dreising Die Schlüsselgewalt der Ehefrau,
Diss. Köln 1933
- Durkheim La famille conjugale,
in: Revue Philosophique, 1921
- Eck Vorträge über das Recht des Bür-
gerlichen Gesetzbuches, Band I,
herausgegeben von R. Leonhard,
Berlin 1903
- Egger Das Familienrecht,
1. Abt., Das Eherecht,
Zürich 1936
- Ehe und Familie in der DDR Einführung zum Entwurf des Fa-
miliengesetzbuches,
Berlin 1965
- Eichler Vertretung für denjenigen, den
es angeht,
Diss. Marburg 1931
- Institutionen des Sachenrechts,
2. Band, 1. Halbband,
Berlin 1957
- Eißer Die Anerkennung der Persönlich-
keit der Ehefrau im neuen Fami-
lienrecht,
FamRZ 59, 177 ff
- Engels Der Ursprung der Familie, des
Privateigentums und des Staates,
Berlin 1946
- Endemann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
I. Band, Allgemeiner Teil,
Schuldverhältnisse,
Berlin 1903

Enneccerus-Kipp-Wolff

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
1. Band, Allgemeiner Teil des
Bürgerlichen Rechts, Ein Lehr-
buch von Ludwig Enneccerus,
15. Aufl. von H.C. Nipperdey,
1. Halbband, Tübingen 1959;
2. Halbband, Tübingen 1960

2. Band, Recht der Schuldverhält-
nisse, Ein Lehrbuch von Ludwig
Enneccerus,
15. Bearbeitung von Heinrich
Lehmann, Tübingen 1958

3. Band, Sachenrecht,
10. Bearbeitung von Martin
Wolff und Ludwig Raiser,
Tübingen 1957

4. Band, Familienrecht,
7. Bearbeitung von Theodor Kipp
und Martin Wolff, Marburg 1931

Erle

Die Besitzverhältnisse unter
Ehegatten seit Inkrafttreten
des Gleichberechtigungsgesetzes,
Diss. Köln 1960

Erman

Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch,
4. Aufl., Münster 1967 und
2. Aufl., Beiheft, Gleichberech-
tigungsgesetz, Münster 1958

Esser

Schuldrecht,
Karlsruhe 1960

Fabrizius

Die Zweckbindung des Wirtschafts-
geldes (§ 1360 a II 2 BGB) als
Grundlage einer sozialrechtlichen
Deutung des § 1357 BGB,
FamRZ 63, 112 ff

Fahr

Die Neuregelung der Schlüsselge-
walt durch das Gleichberechti-
gungsgesetz, Bielefeld 1962

Fikentscher

Das Schuldrecht,
Berlin 1965

-

Scheinvollmacht und Vertreter-
begriff,
AcP 154, 1 ff

- Finke Probleme des Familienrechts nach dem Inkrafttreten des Grundsatzes der Gleichberechtigung am 1.4.1953, BB 53, 271 ff
- Erläuterungen zum Gleichberechtigungsgesetz, MDR 57, 449 ff, 514 ff, 577 ff
- Föhl Das statistische Material, in: Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand, Frankfurt 1965
- Forsthoff Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart, Berlin 1938
- Frauenenquôte Bericht der Bundesregierung über die Situation der Frauen in Beruf, Familie und Gesellschaft, Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Drucksache V/909 (1966)
- Fröhner-Stackelberg-Eser Familie und Ehe, Bielefeld 1956
- Freund Eigentumsfragen beim Ehestandsdarlehen, JW 38, 1785 f
- Gehlen Soziologische Aspekte des Eigentumsproblems in der Industriegesellschaft, in: Eigentum und Eigentümer in unserer Gesellschaftsordnung, S. 164 ff, Köln, Opladen 1960
- Die Seele im technischen Zeitalter, Hamburg 1957
- Gehlen-Schelsky Soziologie, herausgegeben von Arnold Gehlen und Helmut Schelsky, Düsseldorf, Köln 1955
- Geiger Vorstudie zu einer Soziologie des Rechts, Band 20 der Soziologischen Texte, herausgegeben von Maus und Fürstenberg, Neuwied und Berlin 1964

- Geiger Die Gestalten der Gesellung, Wissen und Wirken, Einzelschriften zu den Grundfragen des Erkennens und Schaffens, 48. Band, Karlsruhe 1928
- Gernhuber Die Mitarbeit der Ehegatten im Zeichen der Gleichberechtigung, FamRZ 58, 243 ff
- Das eheliche Vermögensrecht und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 59, 467 ff
- Lehrbuch des Familienrechts, München, Berlin 1964
- Gierke, Otto Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band II, Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffes, Berlin 1873
- Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889
- Deutsches Privatrecht, 2. Band, Sachenrecht, Leipzig 1905
- Greven Die Frau und das eheliche Güterrecht, FamRZ 54, 93 f
- Gundlach Das Privateigentum und seine soziale Pflichtigkeit, in: Eigentum und Eigentümer in unserer Gesellschaftsordnung, S. 19 ff, Köln, Opladen 1960
- Habscheid Über Ehe und Recht, FamRZ 63, 415 ff
- Haegeler Erbschaftssteuer bei der Zugewinnsgemeinschaft, Rpfl. 59, 115 ff
- Sechs Jahre Zugewinnsgemeinschaft, FamRZ 64, 594 ff
- Häring Ehe in dieser Zeit, Salzburg 1960

- Hagemeyer Das Familienrecht seit dem
1. April 1953,
FamRZ 53, 601 ff
- Denkschrift über die zur Anpassung
des geltenden Familienrechts an
den Grundsatz der Gleichberechtigung
von Mann und Frau (Art. 3,
Abs. 2 GG) erforderlichen Gesetzes-
änderungen, Teil 1 und 3,
Köln, ohne Angabe des Erscheinungsjahres,
ca. 1953
- Hanisch Moderne Tendenzen des englischen
Ehegüterrechts verglichen mit den
Grundzügen des gesetzlichen Güter-
standes in der Bundesrepublik,
Frankfurt, Berlin 1963
- Hansen Die Schlüsselgewalt im neuen Familienrecht
(Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957)
unter Würdigung der in der Übergangszeit
vom 1. April 1953 bis 18. Juni 1957
entwickelten Grundsätze,
Diss. München 1961
- Hauriou Théorie de l'Institution et de la
Fondation,
in Übersetzung herausgegeben von
Roman Schnur, Berlin 1965
- Heck Grundriß des Sachenrechts,
Aalen 1960
- Hedemann Die Rechtsstellung der Frauen in
Vergangenheit und Zukunft,
Berlin 1952
- Herrmann Die außerhäusliche Erwerbstätigkeit
verheirateter Frauen,
Stuttgart 1957
- Hitler Mein Kampf,
München 1934
- Hirschmann Stichwort: "Ehe und Familie",
in: Staatslexikon, herausgegeben
von der Görregesellschaft,
II. Band, S. 973 ff,
Freiburg 1958

- Höffner Eigentumsstreuung als Ziel der Sozialpolitik,
in: Eigentum und Eigentümer in unserer Gesellschaftsordnung, Köln, Opladen 1960
- Ehe und Familie,
Münster 1965
- Hoffmann-Stephan Hausratsverordnung,
München, Berlin 1965
- Horváth Rechtssoziologie,
Berlin 1934
- Hourdin La famille et la civilisation moderne,
in: Famille d'aujourd'hui, Paris 1958
- Huber Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 1. Heft
- Hübner Gleiche Rechte für Mann und Frau, 14. Beiheft zur DReZ, S. 43 ff
- Hueck Gesellschaftsrecht,
München, Berlin 1965
- ifas-report ifas-report, Frau und Öffentlichkeit, herausgegeben vom Institut für angewandte Sozialwissenschaft, Bad Godesberg, Bad Godesberg, April 1965
- Jahresbericht der Gewerbeaufsichtsbeamten für das Jahr 1899 bearbeitet im Reichsamt des Innern, Berlin 1901
- Jaspers Wo stehen wir heute?
in: Wo stehen wir heute? S. 33 ff, Gütersloh 1960
- Jünger, Fr.G. Die Perfektion der Technik, Frankfurt/M. 1953
- Jung Das eheliche Güterrecht nach dem 31. März 1953, DRiZ 53, 97 ff

- Juristentag Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages, Berlin, Leipzig 1925
- Kaden Stichwort: "Schlüsselgewalt", Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das gesamte Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslands, Band VI, S. 196 ff, Berlin 1938
- Kaltschmid Menschsein in der industriellen Gesellschaft, München 1965
- Kipp Rechtsvergleichende Studien zur Lehre von der Schlüsselgewalt in den romanischen Rechten, Berlin 1928
- 33. Juristentag, S. 344 ff
- Kirstein Weiterbildung der Hausratsverordnung, NJW 48, 467
- Knur Zugewinnsgemeinschaft, Ehevertrag und Verfügung von Todes wegen, DNotZ 57, 451 ff
- Probleme der Zugewinnsgemeinschaft, Köln, Opladen 1959
- König Materialien zur Soziologie der Familie, Bern 1946
- Soziologie der Familie, in: Gehlen-Schlesky, Soziologie, Düsseldorf und Köln 1955
- Stichwort: "Familie" in: Soziologie, Fischer-Lexikon
- Kohler Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III. Band, 1. Teil, Familienrecht, Berlin 1915
- Krauss Verteidigung der Gütergemeinschaft, FamRZ 54, 89 ff
- Kremer Besitz- und Besitzberechtigung der Ehegatten am Hausrat und Ehowohnung, Diss. Bonn 1957

- Krüger-Breetzke-Nowack Gleichberechtigungsgesetz,
München, Berlin 1958
- Lampe Die unbefugte Veräußerung einer
im Miteigentum mehrerer stehenden
Sache durch einen Miteigentümer,
Diss. Rostock 1933
- Lange, Heinrich Schlüsselgewalt und Gleichberech-
tigung,
in: Festgabe für Benedikt Kraft,
S. 96 ff,
München 1955
- Der Bundesgerichtshof und die
erb- und güterrechtliche Lösung
des § 1371 BGB, NJW 65, 369 ff
- Langen Eigentumserwerb und Verlust bei
Kommissionsgeschäften,
Marburg 1900
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts,
1. Band, Allgemeiner Teil, 8. Auflage,
München, Berlin 1967,
2. Band, Besonderer Teil, 8. Auflage,
München, Berlin 1967
- Zur "Institution Ehe",
JZ 68, 96 f
- Lehmann Grundlinien des deutschen Indu-
strierechts,
in: Festschrift für Zitelmann,
München, Berlin 1913
- Deutsches Familienrecht,
2. Auflage, Berlin 1948,
3. Auflage, Berlin 1960
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuchs,
Berlin 1963
- Lent Zur Lehre von der Partei kraft
Amtes, ZZP 62, 129 ff
- Lincke Entwicklungslinien im französi-
schen gesetzlichen Güterrecht,
dargestellt unter Berücksichti-
gung von Grundgedanken der deut-
schen Güterrechtsreform,
Bielefeld 1961

- Leonhard Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches in seinem Einfluß auf
die Fortentwicklung der Rechts-
wissenschaft,
Berlin 1900
- Löffler Notwendigkeiten, Aufgaben und Gren-
zen einer Vorbereitung auf Ehe und
Familie,
in: Die Mutter in der heutigen Ge-
sellschaft, Gesamtbericht über
den 63. Deutschen Fürsorgetag
1963 in München, S. 25 ff,
Köln und Berlin 1964
- Lorenz Die Verfügungsbeschränkungen im
Rahmen der Zugewinnngemeinschaft,
JZ 59, 105 ff
- von Lübtow Das Geschäft "für wen es angeht"
und das sogenannte "antezipierte
Besitzkonstitut",
ZHR 112, 227 ff
- Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, Band I,
Berlin, Frankfurt 1957
- Manigk Stichwort: "Interessenjurispru-
denz",
in: Handwörterbuch der Rechtswis-
senschaft, Band III, S. 309 ff,
Berlin und Leipzig 1928
- von Marchtaler Das Recht auf eheliche Lebensge-
meinschaft und sein Schutz,
Diss. Tübingen 1932
- Markmann Sozialstruktur im Allgemeinen,
in: Einführung in die Soziologie
- Marthaus Nochmals: Die arbeitende Ehefrau
als Miteigentümerin des Hausrats,
DJ 41, 821 f
- Marx Das Kapital,
1. Band, Buch I, Hamburg 1914
- Massfeller-Reinicke Das Gleichberechtigungsgesetz,
Köln und Berlin 1958
- Maurer Probleme der modernen Schlüssel-
gewalt,
Diss. Hamburg 1960

Mead	Mann und Weib, Hamburg 1959
Menger	Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 1927
Mentzel-Kuhn	Konkursordnung, Berlin, Frankfurt 1962
Michel	Ehe, Stuttgart 1950
Möllers	Teilzahlungsfinanzierung, München, Berlin 1957
Motive	Motive zu dem Entwurf eines Bür- gerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Band III, Sachenrecht, Band IV, Familienrecht, Berlin und Leipzig 1888
Müller	Der Ehegatte im Konkurs- und An- fechtungsrecht, NJW 61, 1442 ff
Müller-Freienfels	Die "Anomalie" der verdeckten Stellvertretung (undisclosed agency) des englischen Rechts, RabelZ 1952, 578 ff und 1953, 12 ff
-	Die Vertretung beim Rechtsge- schäft, Tübingen 1955
-	Zur heutigen "Schlüsselgewalt", in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Band I, S. 388 ff, Berlin, Tübingen, Frankfurt 1956
-	Kernfragen des Gleichberechti- gungsgesetzes, JZ 57, 693 ff
-	Ehe und Recht, Tübingen 1962
Nimkoff	Trends in Family Research, in: American Journal of Sociology, Band 53, 1948

- Nörr, Knut W. Bürgerliches Eheauflösungsrecht
und Religion,
JZ 1966, 545 ff
- Oberndorfer Von der Einsamkeit des Menschen
in der amerikanischen Gesellschaft,
Freiburg 1958
- Die ökonomischen Grundlagen der Familie Die ökonomischen Grundlagen der
Familie in ihrer gesellschaftli-
chen Bedeutung, Ein Gutachten
des Ausschusses für Familienfra-
gen der Gesellschaft für sozialen
Fortschritt,
Berlin 1960
- Ogburn Social Change,
New York 1922
- The Family and its Functions,
Recent Social Trends in United
States,
New York 1934
- Selected Essays on Family Law,
New York 1950
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch,
9. Auflage, München, Berlin 1951,
27. Auflage, München, Berlin 1968
- Pappenheim Vereinheitlichung und Reform des
nordischen Eherechts,
in: Archiv für Rechts- und Wirt-
schaftsphilosophie,
Band 13, 1919, 1920, S. 175 ff
- Petersheim Schlüsselgewalt und Gleichberech-
tigung, FamRZ 56, 169 ff
- Die Schlüsselgewalt im neuen Fa-
milienrecht (eine Reformstudie
auf rechtsvergleichender Grund-
lage), Diss. Bonn 1956
- Pirker Drei Tage Arbeit - vier Tage
Freizeit,
in: Die Gesellschaft der nächsten
Generation, Band 44 der Beck's-
chen Schwarzen Reihe, 1966

- Plathner Die Rolle des Mannes beim Kaufentscheid, eine für den Spiegel-Verlag, Hamburg, angestellte Untersuchung, 1963, 1964, verantwortlich Hans-Jürgen Plathner, unveröffentlicht
- Preller Eigentum - gesellschaftspolitisch, in: Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand, Frankfurt 1965
- Preiser Theoretische Grundlagen der Vermögenspolitik, in: Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand, Frankfurt 1965
- Protokolle Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1898, Band IV, Familienrecht, Berlin 1897
- Protokolle des Unterausschusses Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Protokolle der Sitzungen des Unterausschusses "Familienrechtsgesetz" des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (16. Ausschluß) Nr. 2,7,10,12,21,56 und 57, zum Teil nicht veröffentlicht
- Radbruch Einführung in die Rechtswissenschaft, Stuttgart 1952
- Vorschule der Rechtsphilosophie, Göttingen 1959
- Ramm Gleichberechtigung und Hausfrauen-ehe, JZ 68, 41 ff
- Rappold Güterverbindung und Zugewinnngemeinschaft in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Zürich 1963
- Reinicke, G. und Dietrich Anmerkung zu OLG Celle, NJW 55, 671 f
- Reinicke, Dietrich Zum neuen ehelichen Güterrecht, NJW 57, 889 ff
- Verwaltungsbeschränkung im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, BB 57, 564 ff

Reinicke, Dietrich	Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tod eines Ehegatten, NJW 58, 122 ff
-	Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof, JuS 64, 421 ff
-	Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten, Betrieb 65, S. 961 ff und 1001 ff
-	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Zugewinnngemeinschaft, Betrieb 65, 1351 ff
Reinicke-Schwarzhaupt	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau nach dem Gesetz vom 18. Juni 1957, Stuttgart 1957
Reichsgerichtsräte-Kommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Auflage, Berlin 1953-1960, 9. Auflage, Familienrecht, Berlin 1940
Richter	Übereignung an "wen es angeht", Diss. Göttingen 1928
Riesman	Die einsame Masse, Hamburg 1961
Rittner	Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, FamRZ 62, 288 ff
Rohde	Studien zum Besitzrecht, Abschnitt XVII, Mitbesitz, Düsseldorf 1911
Rosenberg	Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908
-	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, München, Berlin 1964
Rümelin	Gleichheit vor dem Gesetz, Tübingen 1928

- XXIII -

Rümelin	Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch, AcP 93, 194 ff
Rüstow	Ortsbestimmung der Gegenwart III, Erlenbach, Zürich 1957
Russel	Ehe und Moral, Stuttgart 1951
Schapp	Wert, Werk, Eigentum, Berlin 1932
Scheffler	Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung III, DRiZ 53, 85 ff
Schelsky	Soziologie der Sexualität, Hamburg 1960
-	Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart, Stuttgart 1960
-	Einführung zu Riesman, Die einsame Masse, Hamburg 1961
-	Die skeptische Generation, Münster 1965
-	Schule und Erziehung in der industriellen Gesellschaft, Würzburg 1957
-	Die Bedeutung des Berufes in der modernen Gesellschaft, in: Unser Verhältnis zur Arbeit
-	vgl. auch Gehlen-Schelsky
Scheuner	Die verfassungsrechtlichen Grund- lagen der Familienrechtsreform, in: Familienrechtsreform, heraus- gegeben von Dombois und Schumann, S. 42 ff, Witten-Ruhr 1965
Schindler	Recht, Staat, Völkergemeinschaft, Zürich 1948

- Schlosser Inanspruchnahme des Mannes aus nichtrechtsgeschäftlichem Verhalten der Ehefrau im Haushalt, FamRZ 61, 287 ff
- Schlottmann Die arbeitende Ehefrau als Mit-eigentümerin des Hausrats, DJ 41, 624 ff
- Schmucker Die ökonomische Lage der Familie in der Bundesrepublik Deutschland, bearbeitet von Schmucker, Schubnell, v. Nell-Breuning, Albers und Wurzbacher, Stuttgart 1961
- Die Ausstattung der Haushalte mit langlebigen Gebrauchsgütern; Ergebnisse der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe, in: Der Marktforscher, Juli 1964
- Schönke-Baur Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Karlsruhe 1956
- Schopp Probleme der Zugewinnngemeinschaft bei der Ehescheidung, Rpfl. 64, 69 ff
- Schumacher Schutz des Eigentums, ZHR 113, 166 ff
- Schumann Theologische Grundfragen um die Familienrechtsreform, in: Ehe- und Familienrecht, S. 31 ff, München 1959
- Schwab, Dieter Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, Bielefeld 1967
- Schwab, Karl-Heinz Ehe und Familie im Lichte des Gleichberechtigungsgesetzes, in: Ehe- und Familienrecht, S. 48 ff, München 1959
- Schwarzhaupt Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, FamRZ 57, 33 ff

- Seidl (Dorfen) Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, zu Drucksache 2409: Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (16. Ausschuß) über den von der Fraktion der FDP eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts und über die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Familienrechts - Drucks. 112 -, den von der Fraktion der SPD eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Familienrechts an Art. 3 Abs. 2 des Grundgesetzes - Drucks. 178 -, den Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts - Drucks. 224
- Siméon-David-Haffner Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sonderdruck Familienrecht, Köln, Berlin 1956
- Soergel Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 8. Auflage, Band 1-4, Stuttgart, Köln 1952-1955
- Spranger Lebensformen, Halle (Saale) 1921
- Stahl Ehe und Familie im Lebenshorizont des jungen Mädchens von heute, in: Die Mutter in der heutigen Gesellschaft, Gesamtbericht über den 63. Deutschen Fürsorgetag 1963 in München, S. 45 ff, Köln und Berlin 1964
- Stammler Wirtschaft und Recht, Nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Berlin und Leipzig 1924
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und des Einführungsgesetzes, 11. Auflage, Band 1 ff, Berlin 1954-1959, 9. Auflage, Familienrecht, München, Berlin, Leipzig 1926

- Stein-Jonas-Schönke Zivilprozeßordnung,
Tübingen 1956
- Stenographische Berichte Stenographische Berichte über
die Verhandlungen des Reichstags,
Berlin 1896
- Thiele Miteigentumserwerb der Ehegatten
an dem während der Ehe angeschaff-
ten Hausrat,
FamRZ 58, 115 ff
- Triebel Die wirtschaftliche Stellung der
deutschen Ehefrau in Vergangenheit,
Gegenwart und Zukunft,
Diss. Halle-Wittenberg 1936
- von Tuhr Der allgemeine Teil des deutschen
bürgerlichen Rechts, Band II, 2,
München, Leipzig 1918
- Der allgemeine Teil des deutschen
bürgerlichen Rechts, Band II, 2,
München, Leipzig 1918
- Ulmer Über die Notwendigkeit einer
Fristverlängerung für das Inkraft-
treten der Normen des Gleichbe-
rechtigungsgesetzes betr. den ge-
setzlichen Güterstand der Zuge-
winngemeinschaft,
FamRZ 58, 113 ff
- Verbietet das Wesen der Ehe den
güterrechtlichen Zugewinnaus-
gleich beim Tode des Ausgleichs-
berechtigten?
FamRZ 58, 251 f
- Ulbricht Rede zum 15. Jahrestag der DDR,
in: Sozialistische Demokratie
vom 9. Oktober 1964, Beilage
- Wagenbauer Zur Frage der vermögensrechtlichen
Ansprüche des mitarbeitenden Ehe-
gatten, FamRZ 58, 348 ff
- Warneyer Das bürgerliche Gesetzbuch für
das Deutsche Reich, Band I,
Allgemeiner Teil, Schuldrecht,
Sachenrecht, Berlin 1950

- Weber (Forchheim) Wem gehört der während der Ehe angeschaffte Hausrat?
DGWR 41, 268 f
- Weber, Werner Eigentum und Enteignung,
in: Die Grundrechte, Handbuch der
Theorie, Nipperdey und Scheu-
ner, Band 2, S. 331 ff,
Berlin 1954
- Weimar Haftet auch eine minderjährige
Ehefrau bei Zahlungsunfähigkeit
ihres Ehemannes nach § 1357 BGB?
MDR 61, 745 ff
- Eigentumsverhältnisse bei den von
Ehegatten angeschafften Sachen und
Verlobungsgeschenken,
MDR 62, 525 ff
- Gilt für sogenannte eigene Geschäf-
te der Ehefrau auch die Schlüssel-
gewalt?
JR 63, 135 ff
- Weischedel Recht und Ethik,
Karlsruhe 1956
- Westermann Sachenrecht,
Karlsruhe 1966
- Wetzel Die Verweigerung der ehelichen
Gemeinschaft,
Arch.Bürg.R 26, 54 ff
- Wieacker Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,
1. Auflage, Göttingen 1952,
2. Auflage, Göttingen 1967
- Wieczorek Zivilprozeßordnung und Nebengesetze,
Band IV, Teil 1,
Berlin 1958
- Wieruszowski Handbuch des Eherechts mit Aus-
schluß des Eheschließungs- und
Ehescheidungsrechts, Band I,
Die allgemeinen Wirkungen der Ehe,
Düsseldorf 1900
- Wilbrandt Arbeiterinnenschutz und Heimarbeit,
Jena 1906

- XXVIII -

- Wolf, Ernst Zur "Institution Ehe",
JZ 67, 749 ff
- Wolf-Luke-Hax Scheidung und Scheidungsrecht,
Tübingen 1959
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht I,
München, Berlin 1963
- Wolff, Martin Der Mitbesitz nach dem Rechte des
Bürgerlichen Gesetzbuches für das
Deutsche Reich,
IheringJ 44, 143 ff
- Wurzbacher Leitbilder gegenwärtigen deutschen
Familienlebens,
Dortmund 1951
- Leistungen und Leistungsbehin-
derungen der Familie in der modernen
Gesellschaft,
in: Die ökonomischen Grundlagen
der Familie in ihrer gesell-
schaftlichen Bedeutung, Ein
Gutachten, Berlin 1960
- Ziegler Das natürliche Entscheidungsrecht
des Mannes in Ehe und Familie,
Heidelberg und Löwen 1958

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

=====

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Ak.f.DR	Akademie für Deutsches Recht
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preu- Bischen Staaten von 1794
AnfG	Anfechtungsgesetz
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Arch.Bürg.R	Archiv für bürgerliches Recht
Art.	Artikel
BB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
DAG	Deutsche Angestellten Gewerkschaft
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschafts- recht
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DReZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EheG	Ehegesetz
ErbStG	Erbschaftssteuergesetz
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FamR	Familienrecht
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGB	Familiengesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik
GG	Grundgesetz
HausRVO	6. DurchführungsVO zum EheG

HdEbRw	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
IheringJ	Iherings Jahrbücher
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen Zeitung
KO	Konkursordnung
LAG	Gesetz über den Lastenausgleich
LG	Landgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
OLG (mit Ortsnamen)	Entscheidungssammlung
RabelZ	Zeitschrift für ausländisches inter- nationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rvgl.Hdwb	Rechtsvergleichendes Handwörter- buch
Schw.Jur.Z	Schweizerische Juristenzeitung
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
VO	Verordnung
WV	Weimarer Verfassung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR	Zentralblatt für Handelsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Zitierweise: Bei Gesetzesparagraphen bezeichnen die nachfolgenden römischen Zahlen die Absätze, die arabischen Zahlen die Sätze. Paragraphen ohne Angabe des Gesetzes sind die des BGB; die Paragraphen des 4. Buches des BGB werden in der alten Fassung mit a.F. und in der neuen Fassung mit n.F. gekennzeichnet.

Quaecumque mulier ... ad
maritum ambulaverit,
iubemus ut maritus ipse
facultatem ipsius mulieris
sicut in ea habet potestatem,
ita et de omnes
res suas habet.
lex Burg, tit. C

E I N L E I T U N G

=====

Vor über neun Jahren, am 1. Juli 1958, trat das Gleichberechtigungsgesetz in Kraft. Die Ehegatten leben seitdem, soweit sie ihren Güterstand nicht gütervertraglich geregelt haben, grundsätzlich im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Dieser Güterstand, für den sich der Gesetzgeber unter heftiger Kritik eines großen Teils der juristischen Literatur entschieden hat, geht von der sachenrechtlichen Trennung des in die Ehe eingebrachten und während des Bestehens der Ehe erworbenen Eigentums der Ehegatten aus. Die Zugewinnngemeinschaft - so wurde häufig von ihren Kritikern argumentiert - entspricht nicht dem Willen der Ehegatten, da diese ihr Eigentum generell oder zumindest unter bestimmten Voraussetzungen vergemeinschaften wollten. Teilweise wurde daher vorausgesagt, die Zukunft gehöre dem Güterrechtsvertrage. Diese Voraussage hat sich jedoch nicht erfüllt. Untersuchungen der letzten Jahre haben ergeben, daß sich die Zahl der Güterrechtsverträge seit dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes nicht entscheidend erhöht hat. Daraus ergibt sich jedoch noch nicht zwingend, daß der Wille der Ehegatten mit der grundsätzlichen Regelung des Gleichberechtigungsgesetzes übereinstimmt. Denn der durchschnittliche Ehegatte lebt wie eh und je meist unbekümmert um die rechtliche Ausgestaltung seiner güterrechtlichen Beziehungen, so daß er trotz eines möglicherweise auf Miteigentum gerichteten Willens keine gütervertraglichen Vereinbarungen schließen wird. Will jedoch der im gesetzlichen Güterstand lebende Ehegatte tatsächlich mit rechtlich relevanter Intensität die während

des Bestehens der Ehe angeschafften Gegenstände zu Miteigentum mit seinem Ehepartner erwerben oder will er in Übereinstimmung mit seinem Ehepartner, daß die in die Ehe eingebrachten Gegenstände ihnen gemeinschaftlich zustehen sollen, so besteht auch in der Zugewinnngemeinschaft durchaus Raum für derartiges Miteigentum. Denn der Gesetzgeber konnte und wollte mit seiner Entscheidung zugunsten der Zugewinnngemeinschaft nicht ausschließen, daß auch in diesem Güterstand Miteigentum entsteht. Ließe sich ein derartiger, auf Miteigentum gerichteter Wille der Ehegatten nachweisen oder spräche zumindest eine Vermutung für einen derartigen Willen, so würde möglicherweise auch in der Zugewinnngemeinschaft Miteigentum entstehen. Es wäre zwar fraglich, ob die in der juristischen Literatur und in der Rechtsprechung zum Teil vertretenen oder angedeuteten Wege gleichermaßen geeignet wären, das von den Ehegatten erstrebte Miteigentum zu verwirklichen. Mit großer Wahrscheinlichkeit aber ließe sich eine Konstruktion finden, mit deren Hilfe das Gewollte in juristisch einwandfreier Weise verwirklicht werden könnte, so kompliziert die Konstruktion im Einzelfall auch wäre und so schwerwiegend sich die grundsätzlichen Bedenken gegen Miteigentum im gesetzlichen Güterstand möglicherweise auch darstellen würden. Denn es wäre ein fragwürdiges Ergebnis, wollte man allein irgendwelcher konstruktiver Bedenken wegen dem von den Ehegatten Gewollten die Wirksamkeit versagen. Im Einzelfall könnte zwar noch zweifelhaft sein, ob Miteigentum bei entsprechendem Willen der Ehegatten immer entstünde, also auch dann, wenn die Ehegatten ihren Willen nicht nach außen hin kundgetan haben, oder wenn es darum geht, die Fremdwirkung des § 1357 I 2, 2. Halbs. oder die Surrogationswirkung des § 1370 zu durchbrechen. Grundsätzlich würde jedoch Miteigentum entstehen, wenn die Ehegatten dies wollten. Allein dies Wollen genügte. Die genaue juristische Konstruktion dagegen brauchten die Ehegatten nicht zu wissen. Sie würden im Zweifel nur auf die Erreichung ihres Zieles in jeder hierzu juristisch geeigneten Weise Wert legen. Das aber wäre grundsätzlich ausreichend. Hier beginnen aber die Schwierigkeiten für denjenigen, der sich mit den ehelichen Eigentumsverhältnissen befassen muß, also insbesondere für den

Richter, wenn er z.B. nach Ehescheidung das Vermögen der Ehegatten aufteilen muß oder die Drittwiderspruchsklage einer Ehefrau zu beurteilen hat, nachdem ein Gläubiger des Ehemannes einen Gegenstand gepfändet hat, von dem sie behauptet, er gehöre ihr oder zumindest auch ihr. Für diese und eine Reihe anderer Fälle ist die Frage, ob Miteigentum oder Alleineigentum des einen oder des anderen Ehegatten besteht - wie unten noch nachgewiesen wird - keine rein akademische Frage, sondern eine Frage mit z.T. weitreichenden Konsequenzen. Zwar hat das Gesetz dem Richter für die Beurteilung der ehelichen Eigentumsverhältnisse oder für die nachträgliche Korrektur eine Reihe von Hilfsmitteln wie Vermutungen, Auslegungsregeln, Teilungs- und Ausgleichsvorschriften an die Hand gegeben. Doch reichen diese Möglichkeiten häufig nicht aus, und insbesondere enthebt das Gesetz den Richter nicht von der Prüfung des beim Erwerb auf die Eigentumsverhältnisse gerichteten Willens, da das Gesetz keine Vermutung dafür enthält, ob die Ehegatten nun gemeinschaftlich oder jeder für sich allein erwerben wollen. Auch § 1363 II 1 enthält keine Vermutung für Alleineigentum oder einen auf Alleineigentum gerichteten Willen. Denn diese Vorschrift ist insoweit wertneutral und enthält lediglich die grundlegende Begriffsbestimmung des gesetzlichen Güterstandes. Allein auf Grund des § 1363 kann der Richter daher nicht ohne weiteres bis zum Beweis des Gegenteils davon ausgehen, die Ehegatten hätten einen bestimmten Gegenstand im Zweifel nicht zu Miteigentum erwerben wollen.

Vordringliche Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist daher zunächst die Feststellung, ob, wann und unter welchen Voraussetzungen die Ehegatten tatsächlich Miteigentum erwerben wollen bzw. ein derartiger Wille zumindest vermutet werden kann. Erst daran anschließend ergibt sich gegebenenfalls noch die Frage nach der juristischen Konstruktion.

Erster Teil

Die rechtlichen Konsequenzen der Eigentumsverhältnisse im gesetzlichen Güterstand

A. Bedeutung des gesetzlichen Güterstandes

In den Debatten des Reichstages über den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde von einigen Abgeordneten ihr Desinteresse an der rechtlichen Ausgestaltung der ehelichen Güterstände mit dem Hinweis darauf begründet, für die von ihnen vertretene besitzlose Klasse hätten die Güterstände des Bürgerlichen Gesetzbuches nur eine sehr untergeordnete Bedeutung¹⁾. Auch in der juristischen Literatur wurde vom Boden sozialistischer Anschauungen das Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches als eine Regelung bezeichnet, die sich darauf beschränke, den Verhältnissen und Anforderungen der durch ihr Eigentum privilegierten Menschen gerecht zu werden, jedoch die Situation der in Armut lebenden Nichtbesitzenden nahezu völlig ignoriere²⁾.

Das Bürgerliche Gesetzbuch wurde schon seit den ersten Kommissionsberatungen einer heftigen Kritik unterzogen. Tatsächlich bot es dazu auch reichlichen Anlaß. Denn es war im Umbruch zweier Epochen entstanden und mehr das konservative Produkt einer am Ende des 19. Jahrhunderts zu Ende gehenden bürgerlichen Welt und eines liberalen und individualistischen Rechtsempfindens³⁾ als Ausblick in die zukünftige Wirklichkeit, deren wirtschaftliche und soziale Erscheinungen es daher später auch häufig kaum zu bewältigen vermochte⁴⁾.

1) So z.B. August Bebel am 25.6.1896 im Reichstag, Stenographische Berichte, S. 2923.

2) So z.B. Anton Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, S. 5 ff und S. 114 ff.

3) Radbruch, Einführung, S. 100; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 279 ff (1. Aufl.).

4) Vgl. z.B. Lehmann, Grundlagen des deutschen Industrie-rechts, S. 1 ff.

Wenig vorausschauend war jedoch jene Kritik, die an der Besitzlosigkeit des überwiegenden Teils der vom Bürgerlichen Gesetzbuch betroffenen Personen anknüpfte. Nach der stürmischen Entwicklung der Wirtschaft im 20. Jahrhundert hat diese Kritik die Gültigkeit ihrer Aussage verloren. Die Lebenswirklichkeit heute zeigt, wie wenig selbst relativ kostspielige Güter auf eine wohlhabende Minderheit beschränkt sind. So besaßen nach einer repräsentativen Umfrage beispielsweise bereits Ende 1963 in einer westdeutschen Großstadt 73 % der Familien einen Fernsehapparat, in 79 % der Haushalte war ein Kühlschrank vorhanden und in 48 % eine elektrische Waschmaschine¹⁾. Auch wurden die seit der Währungsreform in den Haushaltungen der Bundesrepublik angeschafften längerlebigen Gebrauchsgegenstände, die allein bis 1960 auf einen Gesamtwert von weit über sechzig Milliarden Deutsche Mark geschätzt werden²⁾, entscheidend von Familien eines bescheideneren finanziellen Zuschnitts miterworben. Rechnet man die Ausgaben für Personenkraftwagen, für Eigenheime und andere Güter hinzu, die im Hinblick auf die Familie und für die gemeinschaftliche Lebensführung gemacht werden, so erhöht sich der Wert des in den Familien angesammelten Eigentums noch beträchtlich.

Diese Anschaffungen, gleichgültig, ob sie erst nach einem längeren Zwecksparen gemacht oder durch Ratenzahlungen finanziert werden, sind meistens nur denkbar, wenn die Ehegatten an anderer Stelle auf Konsum verzichten, wenn die Ehefrau in ihrer Haushaltsführung die einzelnen Ausgaben sorgfältiger überdenkt und möglicherweise noch außerhalb des Hauses erwerbstätig ist. Wer aber wird nun tatsächlich Eigentümer des Erworbenen? Wird auch die Ehefrau auf Grund ihrer Anstrengungen dinglich am Neuerwerb unmittelbar mitbeteiligt?

-
- 1) Umfrage des Instituts für angewandte Sozialwissenschaften in Bad Godesberg, ifas-report: Frau und Öffentlichkeit, S. 15; die Frauenenquete der Bundesregierung, S. 55, kommt im Anschluß an Schmücker, Die Ausstattung der Haushalte, zu etwas niedrigeren, ansonsten aber ähnliche Zahlen hinsichtlich sämtlicher Haushalte in Deutschland.
 - 2) Höffner, Eigentumsstreuung, S. 36; ders. Ehe und Familie, S. 871; weitere statistische Zahlen über die Vermögensbildung der privaten Haushaltungen bei Föhl, S. 235 ff.

Einführend wurde bereits gesagt, daß die Eheleute heute wie eh und je zumeist unbekümmert um ihr Recht leben und daher im allgemeinen auch nur sehr unvollkommene Vorstellungen von den Alternativen haben, die das Güterrecht anbietet. Sie werden es daher in aller Regel auch unterlassen haben, den ihnen genehmen Güterstand auszuwählen und im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten den eigenen Verhältnissen entsprechend auszugestalten¹⁾. Das gilt zumindest dann, wenn Sachgüterbesitz in geringerer Größenordnung angesammelt wird. Nur eine kleine Zahl von Eheleuten, die ein größeres Vermögen wie einen Geschäftsbetrieb, umfangreicheren Aktien- oder Landbesitz und dergleichen ihr eigen nennen, werden sich Gedanken über ihre güterrechtlichen Beziehungen machen. Für sie spielt die gesetzliche Regelung der Zugewinnsgemeinschaft jedoch keine so entscheidende Rolle, da sie jederzeit in vertragliches Güterrecht ausweichen können und von dieser Möglichkeit tatsächlich auch Gebrauch machen²⁾. Die Eheleute aber, die nur in bescheidenerem Maße Vermögen in die Ehe einbringen oder in ihr erwerben, und deren Sachgüterbesitz sich im wesentlichen auf Konsumgüter im engeren und weiteren³⁾ Sinn beschränkt, leben, ohne es recht zu wissen, im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Die große Zahl dieser Ehen soll daher im Vordergrund der folgenden Untersuchung stehen.

In diesen Ehen werden grundsätzlich weder jene Güter, die der einzelne Ehepartner mit in die Ehe einbringt, noch diejenigen Anschaffungen, die nach Eheschließung gemacht werden, unmittelbar kraft Gesetzes zum gemeinschaftlichen Vermögen (§ 1363 II). Jeder Ehepartner ist vielmehr grundsätzlich Träger von Vermögensrechten, so als ob er nicht verheiratet wäre. Im Zusammenhang mit den Vorschriften über die allgemeinen Wirkungen der Ehe (§§ 1353-1362) hieße das aber konsequenterweise, daß in der Zugewinnsgemeinschaft der Ehemann überwiegend Alleineigentümer aller Anschaffungen werden müßte. Denn tritt

-
- 1) So schon O. Gierke, Entwurf, S. 112, aber auch z.B. Haegeler, FamRZ 64, 594 ff und S. 595, Fußn. 5; S. 602 über die Zahl der Eheverträge nach Erlass des Gleichberechtigungsgesetzes.
 - 2) So z.B. auch Massfeller, Deutscher Notartag 1952, S. 92.
 - 3) Zu dem auch relativ langlebige Güter wie Eigenheime, Einliegerwohnungen und dergleichen zählen.

er selbst nach außen hin rechtsgeschäftlich auf, würde er sich grundsätzlich nur selbst verpflichten und berechtigen. Wenn dagegen die Ehefrau rechtsgeschäftlich tätig wird, verpflichtete und berechtigte sie in aller Regel ebenfalls den Ehemann, da sie zumeist im Rahmen der Schlüsselgewalt handeln und daher die Geschäfte mit Wirkung für und gegen den Ehemann besorgen würde (§ 1357 I). Allenfalls dann, wenn beide Ehegatten gemeinsam beim Erwerb auftreten, könnte die Ehefrau möglicherweise Miteigentum erwerben.

B. Konsequenzen der Eigentumsverhältnisse in der Zugewinn- gemeinschaft

Da der Gesetzgeber mit seiner Entscheidung zugunsten der Zugewinnsgemeinschaft die Bildung gemeinschaftlichen Eigentums der Ehepartner nicht ausschließen wollte¹⁾, läßt auch heute, ebenso wie schon unter Geltung des gesetzlichen Güterstandes der Nutzverwaltung des Mannes und wie auch in jener normenlosen Zwischenzeit vom 1. April 1953 (Art. 3 II i.V.m. Art. 117 GG) bis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes am 1. Juli 1958, ein Teil der Literatur und Rechtsprechung die Anschaffungen, die beide Ehegatten während der Ehe gemacht haben, zum gemeinschaftlichen Eigentum werden²⁾. Das soll grundsätzlich für alle neuerworbenen Gegenstände, zumindest aber für neuerworbenen Hausrat gelten. Vereinzelt wird darüber hinaus noch vertreten, auch das von einem Ehegatten eingebrachte Eigentum stände in der durchschnittlichen Ehe im Miteigentum beider Ehegatten. Diese Meinungen werden vertreten, obwohl ihre Verfechter die Nachteile des Miteigentums im gesetzlichen Güterstand nicht verkennen. Wenn auch Unterschiede im Ergebnis selbst und zum Teil erhebliche Abweichungen im Weg dorthin und in der Begründung bestehen, so ist diesen Ansichten der eine Beweggrund gemeinsam, durch das Gesetz entstehende, vermeintlich unbillige Ergebnisse für den einzelnen zu vermeiden.

1) Vgl. z.B. 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 4 und S. 8.

2) Zitate und Nachweise, siehe unten S. 22 und S. 28.

I. Nachteile für den am Eigentum seines Ehepartners nicht beteiligten Ehegatten

Es ist zuzugeben, daß eine strenge sachenrechtliche Trennung der Güter in der Zugewinnsgemeinschaft für den einzelnen Ehegatten, insbesondere aber für die Ehefrau, spürbare Nachteile bringen kann.

Zwar erhält jeder Ehegatte einen Ausgleich durch seinen Zugewinnanteil, falls die Ehe anders als durch Tod des Ehepartners beendet, also für nichtig erklärt, aufgehoben, geschieden oder durch Wiederverheiratung aufgelöst wird (§§ 1372 ff), oder der überlebende Ehegatte weder Erbe noch Vermächtnisnehmer seines vorverstorbenen Ehepartners geworden ist (§ 1371 II). Er kann dann die Hälfte des Betrages verlangen, um den der während des Bestehens der Ehe vom Ehepartner gemachte Zugewinn den eigenen Zugewinn übersteigt. Nach mindestens dreijährigem unberechtigten Getrenntleben der Ehegatten oder unter bestimmten Voraussetzungen bei Gefährdung des Ausgleichsanspruchs, kann auch ein vorzeitiger Zugewinnausgleich klageweise erzielt werden (§§ 1385 ff). Zu einem vorweggenommenen Ausgleich des Zugewinns kann auch § 1370 führen, wenn der Ehegatte seinen Zugewinn dazu benutzt, nicht mehr vorhandene oder wertlos gewordene Haushaltsgegenstände des anderen Ehepartners zu ersetzen¹⁾. Unabhängig von den allgemeinen sachenrechtlichen Vorschriften, schützt die Surrogation gemäß § 1370 den einzelnen Ehegatten auch sonst weitgehend vor dem endgültigen Verlust der ihm gehörenden Haushaltsgegenstände durch Abnutzung. Jeder Ehegatte hat weiterhin bei gesetzlicher Erbfolge ein erhöhtes, erbschaftssteuerfreies²⁾ Erbrecht gemäß § 1371 I³⁾ und erhält die zum ehelichen Haushalt gehörenden

1) Erman-Bartholomeyczik, § 1370, 1.

2) § 5 a ErbStG, vgl. dazu Haegeler, RpfL. 59, 115.

3) Nicht dagegen im Falle des § 1371 Abs. 2; so weitaus h.M. z.B. OLG Oldenburg, FamRZ 64, 299; Reinicke, NJW 58, 122 ff, nachdem sich auch der BGH NJW 64, 2402 (dazu auch Reinicke, Betrieb 65, 1351 ff(1354 ff)) so entschieden hat, "nehmen die Anhänger der Wahltheorie mit Bedauern Abschied von dem Wahlrecht in § 1371 Abs. 2. Der Streit ist ... nunmehr für das praktische Rechtsleben beendet", Lange NJW 65, 369 ff(373).

Gegenstände ganz oder zumindest zu einem Teil als Voraus (§ 1932 I 1 und 2). Bei Ehescheidungen wird für die Verteilung des Hausrates Miteigentum der Ehegatten je zur Hälfte vermutet (§ 8 II HausRVO)¹⁾. Auch können "notwendige Gegenstände", von denen feststeht, daß sie im Alleineigentum eines Ehegatten stehen, in der Hausratsverteilung dem anderen Ehegatten zugewiesen werden (§ 9 I HausRVO). Auch ist jeder Ehegatte gegen eine Verfügung über das gesamte Vermögen des Ehepartners geschützt (§ 1365), ebenso gegen eine Verfügung über Gegenstände des ehelichen Haushalts (§ 1369).

Schon diese Aufzählung zeigt, wie sehr den Interessen des am Eigentum des Ehepartners dinglich nicht beteiligten Ehegatten Rechnung getragen wurde, so daß trotz sachenrechtlicher Trennung der Güter von einer "funktionellen Gütergemeinschaft" gesprochen werden kann²⁾. Dennoch wird der dem einzelnen in der Zugewinnngemeinschaft zuteil werdende Schutz möglicherweise gerechtere, zumindest aber andere Auswirkungen haben, falls jeder Ehegatte schon während des Bestehens der Ehe dinglich am Erwerb des Ehepartners beteiligt wird.

Es ist schon fraglich, ob in einer Zeit, in der die Stabilität der Währung nicht mit aller Sicherheit gewährleistet ist, der schuldrechtliche Ausgleichsanspruch ein gerechter Ersatz für eine dingliche Beteiligung ist³⁾. Das zur Vermeidung grober Unbilligkeiten jedem Ehegatten gegebene Recht, vom Ehepartner in besonders unbilligen Fällen die Übertragung bestimmter Gegenstände unter Anrechnung auf die Ausgleichsforderung zu verlangen (§ 1383), falls eine derartige Übertragung dem Ehepartner zumutbar ist, stellt insoweit nur einen recht unvollkommenen Schutz dar.

Aktueller kann die Bedeutung der Eigentumsverhältnisse der Ehegatten schon in der Hausratsverteilung werden, wenn sich für den einzelnen Ehegatten die wirkliche und nachweisbare

1) Ähnliche Vermutung in § 293 IAG.

2) Bosch, FamRZ 58, 87; Ulmer, FamRZ 58, 252.

3) So auch Wahl, 10. Protokoll des Unterausschusses, S. 13; Weber, 12. Protokoll des Unterausschusses, S. 2.

Eigentumslage günstiger darstellt, als sie nach den Vorschriften der HausRVO vermutet wird (§ 8 HausRVO). Von Bedeutung kann das Eigentum auch im Rahmen des § 1332 werden, insbesondere dann, wenn der Überlebende Ehegatte neben Verwandten ersten Grades erbt. Weiterhin kann auch § 1370 zu einer einseitigen Bevorzugung führen, wenn nach einem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Aufstieg der Ehegatten einfache Haushaltsgegenstände des einen Ehegatten durch wertvolle Surrogate ersetzt werden¹⁾ und die Wirkungen des § 1370 durch Vereinbarung der Ehegatten nicht abbedungen sind²⁾.

Besonders problematisch scheinen die Auswirkungen einer konsequent durchgeführten sachenrechtlichen Trennung der ehelichen Güter im Rahmen des § 1371 I zu sein. Wenn der Überlebende Ehegatte den größeren Zugewinn während der Ehe machte, wird er in einer häufig als "rechtsethisch unhaltbar" angefeindeten Weise³⁾ bevorzugt. Denn einem Zugewinnausgleich der Erben ist er nicht ausgesetzt, da das Anrecht des verstorbenen Ehepartners auf den Zugewinnausgleich nicht vererblich ist. Er erhält vielmehr seinerseits noch ein erhöhtes Erbrecht. Das - so argumentiert man⁴⁾ - werde den Interessen des verstorbenen Ehegatten dann nicht gerecht werden, wenn diesem besonders der materielle Schutz und die gesicherte Zukunft seiner Abkömmlinge am Herzen lag, er aber ein entsprechendes Testament nicht oder noch nicht⁵⁾ errichtet hat.

Für die Ehefrau kann darüber hinaus eine Mitbeteiligung an dem im Rahmen der Schlüsselgewalt erworbenen Eigentum aktuell werden, wenn sie bei Zahlungsunfähigkeit ihres Ehemannes selbst auf Zahlung in Anspruch genommen wird (§ 1357 I 2, 2. Halbs.). Sie erhält dann nach dem Gesetz gegen ihren Ehe-

1) Darauf weist auch Gernhuber, Lehrbuch, § 34 III 1 hin.

2) Vgl. dazu unten S. 108 f.

3) Z.B. Bydlinski, S. 125; Erman-Bartholomeyczik, § 1371, 4 ff; Ulmer, FamRZ 58, 252.

4) Z.B. Bartholomeyczik, Erbrecht, § 10 IV 6; das kann bei Stiefkindern des Überlebenden Ehegatten besonders akut werden, da diese nur gesetzliche Erben des leiblichen Elternteils sind, Erman-Bartholomeyczik, § 1371, 4 d.

5) Gerade Menschen mit einem bescheidenen Sachgüterbesitz für die die Zugewinnsgemeinschaft eine so besondere Bedeutung hat (s.o.S. 6), werden es häufig unterlassen haben, schon frühzeitig ein Testament zu errichten.

mann keinen dem Konkurs des Ehemannes standhaltenden Anspruch auf Übereignung des von ihr bezahlten, aber vom Ehemann erworbenen Gegenstandes¹⁾. Der Schutz der Ehefrau durch Eigentum versagt zwar im Konkurs des Ehemannes mitunter, da das Aussonderungsrecht eines Ehegatten gemäß § 45 KO beschränkt ist. Doch scheint es richtig zu sein, § 45 KO zur Abgrenzung von den Anfechtungstatbeständen der Konkursordnung grundsätzlich nur auf die Fälle anzuwenden, in denen der aussondernde Ehegatte das Eigentum durch ein eigenes Geschäft unmittelbar von einem Dritten erwirbt²⁾. Es ist nun aber schon fraglich, ob ein derartiger Fall überhaupt vorliegt, wenn die dingliche Fremdwirkung des § 1357 I 2 durchbrochen wird, und die Ehefrau auch im Rahmen von Schlüsselgewaltgeschäften Eigentum erwirbt³⁾. Zumindest aber könnte die Ehefrau dann, wenn sie beweisen würde, daß der von ihrer Schlüsselgewalt umfaßte Kaufgegenstand mit eigenen Mitteln erworben wurde, den § 45 KO entkräften und wäre daher aussonderungsberechtigt und insoweit geschützt.

Auch in der Zwangsvollstreckung kann der Erwerb des Eigentums durch den Ehemann gerade für die Nur-Hausfrau nachteilige Folgen haben. Denn der Schutz des § 1369 versagt in der Zwangsvollstreckung⁴⁾, während der Mitbesitz der Ehefrau, der aus der ehelichen Gemeinschaft folgt⁵⁾ und der an sich für eine Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO ausreichen

-
- 1) Schwarzhaupt, 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 15.
 - 2) Böhle-Stamschräder, § 45 KO, 3 a; Menzel-Kuhn, § 45 KO, 5; Müller, NJW 61, 1442 ff; Fahr, S. 118 Fußn. 63; § 45 KO wirft eine Reihe von Fragen auf, insbesondere auch hinsichtlich der Unentgeltlichkeit, vgl. dazu Reinicke, Betrieb, 65, 961 ff und 1001 ff; vom Verhältnis des § 1370 zu § 45 KO abgesehen (s.u.S. 12), können diese Fragen in der vorliegenden Untersuchung unberücksichtigt bleiben;
zur Verfassungsmäßigkeit des § 45 KO vgl. Reinicke a.a.O., kritisch insoweit Bosch, NJW 57, 194; Müller a.a.O. (1444); Schönke-Baur, § 51 V 2.
 - 3) Ablehnend z.B. Fahr, S. 118 Fußn. 53.
 - 4) Erman-Bartholomeyczik, § 1369, 3 b aE; Krüger-Breetzke-Nowack, § 1369, 2; Fahr, S. 101.
 - 5) BGHZ 12, 380 (398 bis 400); Erman-Bartholomeyczik, Vorbem. 3 zu § 1414; Staudinger-Seufert, § 866 Rdnr. 2; Lorenz, JZ 59, 105 ff; Westermann, § 20 I.

müßte¹⁾, auf Grund des § 739 ZPO in der Zwangsvollstreckung gegen einen Ehegatten unbeachtlich ist. Im Konkurs eines Ehegatten - in der Regel also des Ehemannes - ist überdies fraglich, ob nicht der Schutz des anderen Ehegatten durch § 1370 mit Hilfe des § 45 KO durchbrochen werden kann, da die Surrogation in § 45 KO möglicherweise stärker ist als die in § 1370²⁾, wenn der Gemeinschuldner die neuen Gegenstände bezahlt hat.

II. Nachteile des Miteigentums für das Innenverhältnis der Ehegatten und den Rechtsverkehr

Die Nachteile, die sich aus der strengen sachenrechtlichen Trennung der Güter in der Ehe für den einzelnen Ehegatten ergeben können, hat der Gesetzgeber bei der Einführung der Zugewinnsgemeinschaft nicht übersehen. Er verkannte nicht die oben skizzierten nachteiligen Konsequenzen und erkannte auch die allgemeinen Grundsätze ausdrücklich als billigenswert an, die von den Anhängern der Errungenschafts- und Gütergemeinschaft vorgebracht wurden³⁾. Wenn sich der Gesetzgeber dennoch gegen ein generelles Miteigentum im gesetzlichen Güterstand wandte, so begründete er diese Entscheidung insbesondere mit den Schwierigkeiten, die aus einer derartigen Regelung für das Verhältnis der Ehegatten untereinander und für den Rechtsverkehr entstehen würden⁴⁾. Der Gesetzgeber hatte bei dieser Entscheidung in erster Linie zwar an Gesamthandseigentum begründende gesetzliche Güterstände gedacht, doch würde eine Reihe der dort angestellten Überlegungen in entsprechender

-
- 1) Z.B. Baumbach-Lauterbach, § 771, 6; Stein-Jonas-Schönike, § 771 I 1 b (die allerdings schlechthin von Besitz sprechen).
 - 2) Bejahend Gernhuber, Lehrbuch, § 34 III 3; Palandt-Lauterbach, § 1370, 3; Erman-Bartholomeyczik, § 1370, 3; Krüger-Breetzke-Nowack, § 1370, 3; verneinend u.a. dagegen Reinicke, Betrieb 65, 1001 f, der § 45 KO im Rahmen des § 1370 für unanwendbar hält.
 - 3) Amtl. Begründung zum 2. Entwurf des Gleichberechtigungsgesetzes, S. 37; Seidl, Bericht, S. 4.
 - 4) Amtl. Begründung, S. 33 bis 39; Seidl, Bericht, S. 4 ff; häufig wurde darauf auch in den Beratungen des Unterausschusses hingewiesen, z.B. Frau Dr. Weber, 12. Protokoll des Unterausschusses, S. 3.

Weise auch dann gelten, wenn es sich um Bruchteilseigentum im Sinne der §§ 1008 ff, 741 ff handelte und wenn im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft unabhängig von der Vorschrift des § 1363 II Miteigentum entstehen würde.

Die Schwierigkeiten ergäben sich hauptsächlich bei der Verwaltung des Miteigentums, bei der Haftung des gemeinsamen Gutes für Verbindlichkeiten eines Ehegatten und im Rahmen der Auseinandersetzung.

Gingen auch in der Zugewinnngemeinschaft das gesamte Eigentum oder zumindest die ehelichen Neuanschaffungen ins Miteigentum beider Ehegatten über, wäre es ein Idealfall, wenn die Ehegatten das gemeinschaftliche Gut in voller Harmonie auch gemeinschaftlich verwalteten oder in gegenseitiger Übereinkunft die Verwaltung dem Ehemann oder der Ehefrau allein überlassen würden. Mögen diese Fälle in der Praxis auch tatsächlich vorkommen, so zeigt doch die Lebenswirklichkeit, wie leicht die Frage nach der Zweckmäßigkeit einer Verwaltungshandlung zu Streitigkeiten führen kann. Im Gegensatz zur gemeinschaftlichen Verwaltung in der Bürgerlichen Gesellschaft (§ 709 BGB) und in der Gemeinschaft (§ 744) und auch im Gegensatz zur gemeinschaftlichen Verwaltung in der auf Auseinandersetzung angelegten Erbengemeinschaft (§ 2038), kann in der ehelichen Lebensgemeinschaft die Auflösung der Ehe nicht letztes Mittel zur Beendigung der Streitigkeiten sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält aber auch kein Entscheidungsrecht mehr, wie es dem Ehemann in § 1354 a.F. zur Seite stand oder nach § 1354 des Regierungsentwurfs zur Verfügung stehen sollte. Auch wird häufig der überwiegend anerkannte Entscheidungsvorrang nach Funktionsteilung¹⁾ oder ein angeblich gegebenes Entscheidungsrecht nach "herzenswichtigen Angelegenheiten"²⁾ oder in Eilfällen³⁾ kaum Streitverhindernd wirken. Da weiterhin die mangelnde Übereinkunft auch nicht ohne weiteres mit Hilfe eines Richterspruches durch-

1) Z.B. Staudinger-Hübner, § 1353 Rdnr. 33; Palandt-Lauterbach, § 1352, 2.

2) So Krüger-Breetzke-Nowack, § 1354.

3) Beitzke, Lehrbuch, § 11 III 2.

gesetzt, sondern nur im Wege der Herstellungsklage angestrebt werden kann, entstehen hinsichtlich der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums im Streitfalle kaum überbrückbare Schwierigkeiten, gleichgültig, ob es sich dabei um Miteigentum nach Bruchteilen oder Gesamthandseigentum handelt. Diese Auswirkungen ergeben sich zwar auch bei der vertraglich vereinbarten Gütergemeinschaft, wenn die Ehegatten das Gesamtgut gemeinschaftlich verwalten (§§ 1421, 1450 ff); dort aber nehmen die Ehegatten diese Schwierigkeiten bewußt in Kauf, da sie über die Auswirkungen einer derartigen gemeinschaftlichen Verwaltung in aller Regel vor Abschluß des Ehevertrages vom Richter oder Notar belehrt wurden¹⁾. Diese Schwierigkeiten bei der Verwaltung des Miteigentums im gesetzlichen Güterstand wurden seit jeher von den Befürwortern einer strengen sachenrechtlichen Trennung gegenüber allen Versuchen vorgebracht, das Eigentum zu Miteigentum zusammenzufügen²⁾. Auch haben diese Schwierigkeiten schon zu früheren Zeiten die Gesetzgeber davon abgehalten, einen Güterstand einzuführen, der die ehelichen Güter ganz oder zum Teil vergemeinschaftet³⁾.

Ebenso problematisch wären die Auswirkungen im Rahmen der Schuldenhaftung⁴⁾, wenn die Ehegatten trotz § 1363 II Miteigentum nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand erwerben würden.

Handelt es sich um Bruchteileseigentum, so wäre der Gläubiger auf den langwierigen und auch häufig wenig aussichtsreichen Weg gemäß §§ 857, 829, 835 ZPO angewiesen, da ihm in aller Regel nur der Miteigentumsanteil haften würde. Grundsätzlich

1) Seidl, Bericht, S. 25 f; Erman-Bartholomeyczik, § 1421, 2.

2) Vgl. z.B. Beitzke in seinem Gutachten vom 12. Juli 1954 vor dem Bundestagsausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht, zum Teil abgedruckt in FamRE 54, 156 f(157); Dölle, JZ 53, 617 ff; Reinicke, NJW 55, 1359 f.

3) Z.B. Motive IV, 349 ff; für das Güterrecht der skandinavischen Länder vgl. Pappenheim, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band 13, S. 175 ff(188); Ähnlich auch Huber in Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 1. Heft, S. 117.

4) Beitzke, Gutachten, FamRE 54, 157 ff; Reinicke, NJW 55, 1360; Erman-Bartholomeyczik, Einl. § 1363, 3; vgl. auch Dölle, JZ 53, 617 ff.

wäre es ihm zwar auch möglich, trotz eines Vollstreckungstitels, der sich nur gegen einen Ehegatten richtet, den im Mitbesitz und Miteigentum stehenden Gegenstand selbst zu pfänden. Insoweit würden ihm die Vorschriften der §§ 1362 und 739 ZPO zugute kommen, nach denen Alleineigentum des Schuldners vermutet, bzw. Alleingewahrsam des Schuldners fingiert wird. Doch steht dann dem Ehegatten, der Miteigentümer ist, auf Grund seines Miteigentums ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO zu¹⁾, so daß er mit Hilfe der Drittwiderspruchsklage erfolgreich gegen die Zwangsvollstreckung vorgehen kann²⁾.

Zwar besteht im Einzelfall für den Gläubiger noch die Möglichkeit, den Anfechtungstatbestand des § 3 I Nr. 4 AnfG einredeweise (§ 5 AnfG) geltend zu machen oder sich im Konkurs des Ehegatten auf § 32 Nr. 2 KO zu berufen. Denn es ist allgemein anerkannt, daß auch die unmittelbare Übereignung von einem Dritten auf einen Ehegatten rechtlich als eine Zuwendung durch den anderen Ehegatten behandelt werden kann³⁾. Folgerichtig muß das dann auch beim Miteigentumserwerb⁴⁾ gelten, so daß der Miteigentumsanteil dann trotz gemeinschaftlichen Erwerbs dem einen Ehegatten durch den anderen zugewandt sein kann. Allerdings ist nur eine unentgeltliche Zuwendung eine Zuwendung im Sinne der vorerwähnten Vorschriften. Der sein Miteigentum verteidigende, nichtschuldende Ehe-

-
- 1) Vgl. z.B. Rosenberg, Zivilprozeßrecht, § 185 III 2 a.
 - 2) In Literatur und Rechtsprechung ist streitig, ob der Eigentümer durch Nachweis seines Eigentums auch im Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO vorgehen kann. Baur, FamRZ 58, 253; Boennecke NJW 59, 1260; Erman-Bartholomeyczik, § 1362 2 b; Staudinger-Hübner, § 1362 Rdnr. 17, bejahen dies u.a. unter Hinweis auf den Wortlaut der §§ 739 ZPO, 1362 und auf die Möglichkeit für die Ehefrau insbesondere, auf diesem Wege für sie unangenehme Interventionsprozesse zu vermeiden (Staudinger-Hübner a.a.O.); die wohl h.M. lehnt dies ab; Palandt-Lauterbach, § 1362, 4; Erman-Finke, Gleichberechtigungsgesetze, § 1362, 4; Wieczorek, § 739, G II; Stein-Jonas-Schönke, § 739 III 2; Massfeller-Reinicke, §§ 1362, 5 und 739 ZPO, 2; Reinicke, Betrieb 65, 962; vgl. dazu auch OLG Stuttgart FamRZ 63, 297 und OLG Bamberg FamRZ 62, 391.
 - 3) Z.B. Erman-Böhle-Stamschräder, § 516, 3; Erman-Bartholomeyczik, § 1380, 3; speziell für das AnfG auch G. und D. Reinicke, NJW 55, 571; Böhle-Stamschräder, § 1 III 6 AnfG.
 - 4) Über die sachenrechtliche Gleichbehandlung des Miteigentums und Volleigentums vgl. unten S. 87.

gatte dürfte daher zur Anschaffung des Gegenstandes finanziell nicht beigetragen haben. Auch dürften von dieser Zuwendung bis zur Anfechtung oder Konkursöffnung nicht mehr als zwei Jahre verstrichen sein. Durch diese Voraussetzungen haben sich derartige Korrekturmöglichkeiten zugunsten des Gläubigers von selbst auf eine kleinere Zahl von Fällen beschränkt, die darüber hinaus durch häufig auftretende Beweisschwierigkeiten noch seltener werden¹⁾.

Auch aus der Haftung der Ehefrau gemäß § 1357 I 2, 2. Halbs. ergibt sich für den Gläubiger noch eine vorteilhafte Möglichkeit. Denn diese Haftung kann im Vollstreckungsverfahren als Replik des Gläubigers bedeutsam werden, wenn die Ehefrau gemäß § 771 ZPO ihr Miteigentum nachgewiesen hat, auf Grund § 1357 I 2, 2. Halbs. aber dennoch zur subsidiären Zahlung verpflichtet ist. Denn auf Grund ihrer Haftung ist sie auch zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet²⁾. Zumindest greift zugunsten des Gläubigers der Einwand der Arglist ein. Denn der Gläubiger könnte im Wege der Widerklage seinen Zahlungsanspruch aus § 1357 I 2, 2. Halbs. gegen die Ehefrau einklagen. Es wäre daher ein sachlich nicht gerechtfertigter Formalismus, wollte man dem Gläubiger die einredeweise Geltendmachung dieses Anspruchs versagen³⁾. Doch auch diese Möglichkeit ist für den Gläubiger durch Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit des Ehemannes beeinträchtigt und auf die Fälle beschränkt, in denen die Ehefrau im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt in zulässiger Weise Kreditgeschäfte geschlossen hat⁴⁾.

Dem Gläubiger wird daher im allgemeinen nur die Möglichkeit bleiben, über § 857 ZPO den Anteil am einzelnen Gegenstand zu pfänden. Gemäß § 751, 2 i.V.m. § 749 kann er dann die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Das aber heißt, daß er, da die Teilung in Natur häufig ausgeschlossen sein wird,

1) Im Ausgangspunkt ähnlich Fahr. S. 118, der jedoch anschließend die Bedeutung des § 3 AnfG und § 32 KO für diese Fälle überschätzt.

2) Ähnlich auch Baur, FamRZ 58, 254; vgl. auch Wieczorek, § 771 E IV b 4.

3) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 771 III 4.

4) S.u.S. 126.

seinen Anteil aus dem Erlös eines Pfändungsverkaufs erhalten wird, § 753. Dem nichtschuldenden Ehegatten aber werden daraus häufig Unannehmlichkeiten und auch materielle Nachteile entstehen, die sich nicht allein aus der ehelichen Schicksalsgemeinschaft rechtfertigen lassen, da die Ehe nicht schlechthin zur Mithaftung führen kann, wie sich bereits aus § 1357 I 2, 2. Halbs. ergibt. Aber auch der Gläubiger wird durch den Pfändungsverkauf häufig Einbußen erleiden, die auch unter Hinweis auf die teilweise Unpfändbarkeit der zum Haushalt gehörenden Gegenstände nicht tragbar erschienen¹⁾. Denn der Schutz der Ehegatten ist durch die §§ 811 ff ZPO nur unvollkommen ausgestaltet. So werden durch § 811 Ziffer 1 ZPO nur die Gegenstände geschützt, die für einen angemessenen, bescheidenen Haushalt notwendig sind. Dazu gehören aber in aller Regel gerade nicht die kostspieligen, für die Zwangsvollstreckung interessanten Gegenstände, wie zum Beispiel der Fernsehapparat oder die elektrische Waschmaschine²⁾. Der Schutz des § 811 Ziffer 1 ZPO wird darüber hinaus noch durch die Möglichkeit der Austauschpfändung gemäß § 811 a ZPO durchbrochen. § 812 ZPO dagegen verbietet die Pfändung von Hausratsgegenständen nur dann, wenn die Gegenstände ersichtlich schlecht zu verwerten sind.

Für den Gläubiger kaum weniger langwierig und unattraktiv wären die Möglichkeiten einer Zwangsvollstreckung, falls den Ehegatten trotz § 1363 II das Eigentum zur gesamten Hand zustehen würde. Hierbei ergäbe sich jedoch noch eine weitere, noch problematischere Konsequenz: der Gläubiger würde gemäß §§ 859, 857 ZPO pfänden³⁾; da aber die Pfändung eines Anteils an einzelnen Gegenständen bei Gesamthandseigentum gemäß § 859 I 2 ZPO nicht möglich ist, wäre es dem Gläubiger als Außenstehendem auf bedenkliche Art und Weise möglich, die vermögensrechtliche Gemeinschaft der Ehegatten zur Auflösung zu bringen⁴⁾.

1) So aber Fahr, S. 119.

2) Baumbach-Lauterbach, § 811, 3 B.

3) Das entspricht im Grundsatz auch dem Vorschlag, den Altentetter, Deutscher Notartag 1952, S. 90, für die Errungenschaftsgemeinschaft gemacht hat; vgl. auch Reinicke, NJW 55, 1360.

4) Daher ablehnend die Amtl. Begründung, S. 35; ebenso Müller-Freienfels, Festschrift für Lehmann, S. 411.

Als kaum lösbare Schwierigkeiten könnten sich auch die Verwicklungen herausstellen, die bei der Auseinandersetzung des ehelichen Vermögens entstehen würden, wenn sich entgegen der gesetzlichen Regelung in der Zugewinnngemeinschaft Miteigentum bildete. Denn zumindest dann, wenn man keine generelle Eigentümergemeinschaft anerkennen würde, sondern das Miteigentum auf den gemeinschaftlichen gegenständlichen Bereich der Ehe bzw. auf den nach Eheschluß erworbenen Hausrat oder auf die Anschaffungen beschränkte, die durch unmittelbare finanzielle Beteiligung beider Ehegatten gemacht oder zumindest durch sparsame Haushaltsführung der Ehefrau, durch Konsumverzicht oder dergleichen unterstützt wurden, so wäre schon nach mehrjähriger Ehe die genaue rechtliche Aufteilung durch Beweisschwierigkeiten stark beeinträchtigt¹⁾. Berücksichtigt man darüber hinaus neben der Zuordnungswirkung des § 1370 und des § 1357 I 2 noch § 1380, nach dem die Zuwendungen eines Ehegatten unter bestimmten Voraussetzungen auf die Ausgleichsforderung des anderen Ehegatten angerechnet werden, so können sich die Schwierigkeiten noch vervielfältigen. Die Überweisung des Miteigentumsanteils von einem Dritten auf den Ehegatten kann auch im Anwendungsbereich dieser Vorschrift eine Zuwendung des einen Ehegatten an den anderen sein²⁾. Aber auch dann, wenn der zuwendende Ehegatte den Neuerwerb allein finanziert hat, wird sich nachträglich kaum noch nachweisen lassen, ob diese Zuwendung ausdrücklich oder zumindest schlüssig unter der Bestimmung gemacht wurde, sie auf die Ausgleichsforderung anzurechnen, § 1380 I 1. Auch werden diese Zuwendungen meistens den Rahmen der nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblichen Gelegenheitsgeschenke nicht überschreiten³⁾, so daß die Vermutung des § 1380 I 2 nicht eingreift.

1) Vgl. auch Dölle in seinem Gutachten vom 24. Juli 1954 vor dem Bundestagsausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht, zum Teil abgedruckt in FamRZ 54, 1; Alterstetter, Deutscher Notartag 1952, 90 will diese Schwierigkeiten unter Hinweis auf das Wesen der Ehegemeinschaft in Kauf nehmen.

2) Vgl. o.S. 15.

3) Hier sind nur die außergewöhnlichen Zuwendungen gemeint wie Grundbesitz, Lebensversicherung, Einrichtung eines Geschäftsbetriebes o.ä.; Erman-Bartholomeyczik, § 1380, 5.

fen kann¹⁾. Die Berechnung der Ausgleichsforderung wird dann aber nur in seltenen Fällen reibungslos verlaufen, da der Ehegatte, der Zuwendungsempfänger ist, nach vorzeitiger Beendigung der Ehe die Ausgleichsforderung unter Umständen noch in voller Höhe geltend machen kann.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß der Verlauf der tatsächlichen Eigentumsgränze zwischen den im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten trotz der im Gesetz enthaltenen Vermutungen und Korrekturmöglichkeiten rechtlich erhebliche und wirtschaftlich weittragende Konsequenzen haben kann. Der Untersuchung der Eigentumsverhältnisse in der Zugewinnsgemeinschaft kommt daher eine nicht unerhebliche Bedeutung zu.

1) A.A. Fahr, S. 116.

Zweiter Teil

Der auf die ehelichen Eigentumsverhältnisse bezogene Wille der Ehegatten

Zu Recht ist die juristische Literatur und Rechtsprechung heute der Ansicht, Miteigentum im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft entstünde grundsätzlich nur dann, wenn der beim Neuerwerb nach außen auftretende Ehegatte oder beide Ehegatten gemeinschaftlich Miteigentum erwerben wollten¹⁾.

Vor Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes wurde dagegen zum Teil noch vertreten, die nicht in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten erwürben auch ohne entsprechenden Erwerbswillen an den nach Eheschließung angeschafften Gegenständen Miteigentum nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand. Ein derartiger Miteigentumserwerb wurde mit Hilfe eines Gesellschaftsverhältnisses im Sinne der §§ 705 ff.²⁾ oder eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses³⁾ konstruiert. Diese Verhältnisse sollten auf Grund der Ehegemeinschaft selbst oder auf Grund einer "beiderseitigen Schlüsselgewalt" der Ehepartner⁴⁾ entstehen.

Diese Konstruktionen, die seit jeher von der herrschenden Meinung abgelehnt und auch in der normenlosen Zwischenzeit vom 1. April 1953 bis zum 1. Juli 1958 überwiegend mißbilligt wurden, steht heute die insoweit eindeutige Regelung des Gleichberechtigungsgesetzes entgegen. Das Gleichberechtigungsgesetz läßt eine vom Willen der Ehepartner unabhängige und generelle Vergemeinschaftung der Güter nur bei Vereinbarung der Gütergemeinschaft eintreten, beläßt es ansonsten aber bei der sachenrechtlichen Trennung. Die Ehegatten mögen sich im Einzelfall zwar immerhin nach Art der bürgerlichen Gesellschaft zum

1) Nachweise auf den folgenden Seiten.

2) So zum Beispiel Breslauer, Artikel "Sozieta're" in Nr. 15 Centralblatt des Bundes deutscher Frauenvereine, 8. Jahrgang, nach dem der Ehemann "Einnahmesozius" ist, während die Ehefrau die innere Leitung "des Betriebes" übernimmt.

3) LG Göttingen NJW 55, 1359 mit ablehnender Anmerkung von Reinicke; Alebrand, FamRZ 55, 348 ff.

4) So Müller-Freienfels, Festschrift für Lehmann, S. 409 ff.

Erwerb zusammenschließen, falls ihr Wille den Anforderungen der §§ 705 ff entspricht - das kann das Gesetz nicht ausschließen -, doch ist die Ehe selbst kein Gesellschaftsverhältnis¹⁾ und auch nicht mit Hilfe einer vermeintlichen beiderseitigen Schlüsselgewalt²⁾ dazu zu machen³⁾.

Abgesehen von allen konstruktiven Überlegungen wird Miteigentum in der Zugewinnngemeinschaft daher grundsätzlich allenfalls dann entstehen, wenn beim Neuerwerb der nach außen auftretende bzw. beide nach außen auftretende Ehegatten Miteigentum erwerben wollen oder wenn beim bereits vorhandenen Alleineigentum eines Ehegatten dieser seinem Ehepartner Miteigentum einräumen will. Problematisch ist aber der Nachweis, wann ein derartiger Wille der Ehegatten gegeben ist. Die Kennzeichnung der tatsächlichen Willensrichtung wird nicht ohne weiteres möglich sein. Häufig werden sich die Ehegatten insoweit keine eindeutigen Vorstellungen machen. Sie werden im Laufe der Ehe auch nicht immer zwischen Geschenken des einen Ehegatten an den anderen, Beiträgen zum ehelichen Aufwand und gemeinschaftlichem Erwerb unterscheiden⁴⁾. Auch wird es sich häufig nur um ein vages Empfinden handeln, das über den emotionalen, rechtlich weithin irrelevanten Bereich kaum hinausreicht.

A. Kritik der zur Kennzeichnung des Willens in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten

Im wesentlichen lassen sich zwei Hauptrichtungen zur Kennzeichnung eines auf Miteigentum gerichteten Willens der Ehegatten unterscheiden, die sich als Extreme gegenseitig ausschließen. Während die wohl überwiegend vertretene Ansicht davon ausgeht,

1) Siehe auch unten S. 84 f.

2) Zur "Schlüsselgewalt" des Ehemannes s.u.S. 106.

3) Das erkennt auch Müller-Freienfels nach Erlaß des Gleichberechtigungsgesetzes in JZ 57, 693, Fußn. 64 für seinen entsprechenden Lösungsversuch, Festschrift für Lehmann, S. 409 ff, an.

4) Ähnlich auch Schopp, S. 72.

die Ehegatten wollten unabhängig vom Güterstand generell Miteigentum erwerben, soll nach einer anderen Ansicht dieser Wille immer nur dann gegeben sein, wenn die Ehegatten die während des Bestehens der Ehe gemachten Neuanschaffungen gemeinschaftlich finanzieren, wobei in aller Regel das Verhältnis der finanziellen Beteiligung über das Verhältnis der Eigentumsquoten entscheiden soll.

I. Der Wille der Ehegatten, grundsätzlich Miteigentum zu gleichen Anteilen zu erwerben

Häufig wird in der juristischen Literatur, vereinzelt aber auch in der Rechtsprechung, vertreten, die Ehegatten wollten, daß das Eigentum in der Ehegemeinschaft beiden Ehegatten grundsätzlich gemeinschaftlich und zu gleichen Anteilen zustehen solle¹⁾. Dieser "starkausgeprägte Wille"²⁾, so wird dann - soweit überhaupt der Versuch einer Begründung gemacht wird - argumentiert, entspreche bei "verständiger Würdigung des Wesens der Ehe"³⁾ der "natürlichen Einstellung der Ehe-

-
- 1) Weber (Forchheim), DGWR 41, 268; Amtliche Begründung zur HausRVO, DJ 44, 180; Friedmann, S. 24; Kirstein, NJW 48, 467; E. Scheffler, DRiZ 53, 85 ff(88); Jung, DRiZ 53, 98; OLG Schleswig, Schl. HA Nr. 6, 139; Bosch, RPfl. 53, 497 und FamRZ 54, 149 ff; Krauss, FamRZ 54, 89 ff; Greven, FamRZ 54, 93 ff; Hübner, 14. Beiheft zur DreZ, S. 43 ff (69); Bärmann AcP 157, 145(161); Krüger-Breetzke-Nowack, Einleitung, Rdnr. 3 mit Hinweis auf OVG Berlin, NJW 57, 1046; Ulmer, FamRZ 58, 113 ff; Ziegler, S. 312 Anm. 361; Brühl, S. 182; OLG Celle, Nds. Rpfl. 60, 23; Häring, S. 467 f; Fahr, S. 114; Baur, Lehrbuch, § 51 V 2 und V 4 b (1); Schwab in Ehe- und Familienrecht, S. 58 f; wohl auch Erman-Ronke, § 8 HausRVO, 2 a; Hoffmann-Stephan, § 8 HausRVO, 4 A; so auch die Autoren, die auf Grund eines entsprechenden Erwerbswillens Miteigentum über Gesellschaftsrecht konstruieren, z.B. Thiele, FamRZ 58, 115 ff(119); nach Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 31 besteht der Wille, gemeinschaftlich zu erwerben bei ständig gemeinschaftlich genutzten Gegenständen; auch nach Erman-Finke, Gleichberechtigungsgesetz, § 1363, 4; Erman-Bartholomeyczik, § 1363, 4 (vgl. aber S. 28 Fußn. 1); Palandt-Lauterbach, § 1357, 3 b und Achilles-Greifff-Beitzke, § 1357, 6 ist Miteigentum häufig gewollt; vgl. auch Hanisch, insbesondere S. 37 ff, mit Hinweisen auf ähnliche Tendenzen im englischen Recht.
- 2) Fahr a.a.O.
- 3) Weber (Forchheim) a.a.O.

partner zueinander"¹⁾ und der "vernünftigen und gesunden"²⁾ und "selbstverständlichen"³⁾ Vorstellung von einer "schicksalhaften Eigentümergeinschaft"⁴⁾. Dem Wesen der Ehe sei auch in den Eigentumsverhältnissen "die kalte Beziehungslosigkeit fremd"⁵⁾, in der "heilen Ehe"⁶⁾ sei daher Miteigentum nicht nur das Ziel einer idealen Forderung, sondern der "Normalfall"⁷⁾. Das gelte nicht nur in den Ehen, in denen die Hausfrau durch eigene Berufstätigkeit hinzuverdiene oder zur Bezahlung des Kaufgegenstandes finanzielle Mittel aus eigenem Vermögen hinzusteuere, sondern auch dort, wo die Ehefrau nur ihren Haushalt führe und über eigenes Vermögen nicht verfüge.

Diese Auffassung nimmt auf den ersten Blick sehr für sich ein. Auch ist die Absicht ihrer Vertreter von sehr idealen Wertvorstellungen geprägt und unter Umständen vom jeweiligen persönlichen Standpunkt her gerechtfertigt. Es ist aber dennoch fraglich, ob sich diese Ansicht verallgemeinern läßt.

Schon die Bejahung eines abstrakt verselbständigten "Wesens der Ehe" ist zweifelhaft und mündet unmittelbar in die Frage, ob die Ehe eine sittliche oder rechtliche Institution⁸⁾, eine "Gemeinschaft höherer Art"⁹⁾ oder lediglich eine "unmittelbar menschliche private Lebensgemeinschaft"¹⁰⁾ ist, oder ob sie von beiden Seiten etwas enthält und daher als eine "naturgegebene Beziehung der Geschlechter" mit "transpersonalen Zweck-

-
- 1) Ziegler a.a.O.
 - 2) Krüger a.a.O.
 - 3) Hübner a.a.O.
 - 4) Bosch a.a.O.
 - 5) Greven a.a.O.
 - 6) E. Scheffler a.a.O.
 - 7) Kraus a.a.O.
 - 8) Gemeint ist der Begriff, wie ihn die juristische Theorie versteht, die insbesondere auf Hauriou (Théorie de l'Institution et de la Fondation) und Renard (La théorie de l'institution) fußt; anders zum Teil der Begriff der Institution, wie ihn die Soziologie und die beschreibenden Sozialwissenschaften verstehen; so auch eingehend Schelsky, Wandlungen. S. 26 ff mit ausführlichen Nachweisen; vgl. auch Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 74, Fußn. 1-3.
 - 9) Z.B. Motive IV, S. 569; Bosch, Neue Rechtsordnung, S. 15, 48 (Anm. 115 a) und 54 (Anm. 129); BVerfG JZ 57, 271; Höffner, Ehe und Familie, S. 46 ff; Schumann in Ehe- und Familienrecht, S. 37; vgl. z.B. auch den unten wiedergegebenen Textauszug aus Schema 13 des 3. Vatikanischen Konzils.
 - 10) Z.B. Wolf in Wolf-Lüke-Hax, S. 275 ff; vgl. auch den liberalistischen Individualismus seit dem Ende des 18. Jahrhunderts.

ken" zu verstehen ist¹⁾. In der Ehe eine Institution oder eine Gemeinschaft höherer Art zu sehen, ist nicht unproblematisch²⁾. Es ist eine häufige Erscheinung, daß überall dort, wo die Einsicht in menschliche Verhältnisse derart schwierig wird, daß der wertende Betrachter an der Erkenntnismöglichkeit zweifelt, Metaphysik und Ethik zur Hilfe gerufen³⁾ und auf nebelhafte Begriffe, wie ihn auch der Begriff "Wesen der Ehe" darstellt, zurückgegriffen wird. Zudem besteht die Gefahr, daß in diese "verobjektivierte Ehe" je nach dem politischen Standpunkt des Betrachters mehr oder weniger willkürlich entsprechende Inhalte hineingelesen werden⁴⁾. So ist zum Beispiel in der DDR "die Ehe ihrem Wesen nach nicht nur eine individuelle Angelegenheit der Eheleute, sondern hat auch gesellschaftliche Ziele (der DDR) zu fördern"⁵⁾, während nach nationalsozialistischer Auffassung "die Ehe nicht Selbstzweck (war), sondern dem größeren Ziel der Vermehrung der Art und Rasse dienen muß(te)"⁶⁾. Lassen sich aber die Eheauffassungen in dieser Weise in den Dienst bestimmter politischer oder weltanschaulicher Ziele stellen, so ist es ein nicht ungefährliches Unterfangen, bedenkenlos von einer bestimmten Auffassung vom Wesen der Ehe, bzw. von einem daraus resultierenden Willen der Ehegatten auf die Eigentumsverhältnisse in der Ehe zu schließen. Auch die Eheauffassung der katholischen Kirche, nach der das "Ja-Wort ... eine Institution schafft, die in Gottes Gesetz ihre feste Normen hat"⁷⁾, ist nicht geeignet, zur Beantwortung der Frage nach den Eigentumsverhältnissen der Ehegatten allgemeingültige Anhaltspunkte zu geben.

1) Z.B. Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 87.

2) Vgl. z.B. den Streit zwischen Ernst Wolf, Zur "Institution Ehe", JZ 67, 749 ff, und Larenz, Zur "Institution Ehe", JZ 68, 96 f.

3) Vgl. Knut W. Nörr, JZ 66, 545.

4) Knut W. Nörr a.a.O.: "Je schwieriger die Einsicht in die zu prüfenden menschlichen Verhältnisse wird ... (um so eher) ... ebnen die der Ausfüllung bedürftenden wertenden Tatbestandselemente den Weg in die Arme von Weltanschauung und Glaube."

5) Oberstes Gericht der DDR (1 ZZ 52/50), Nachweis NJ 65, 226.

6) Adolf Hitler, Mein Kampf, S. 275 f.

7) Schema 13 des 3. Vatikanischen Konzils; vgl. im übrigen zur Eheauffassung der katholischen Kirche, D. Schwab, Ehegesetzgebung, S. 53 ff.

Denn einer derartigen Auffassung stehen abweichende Eheauffassungen in anderen Konfessionen¹⁾ entgegen. Eine konfessionell unterschiedliche Eheauffassung aber ist für die vorliegende Untersuchung von vornherein uninteressant. Entspräche überdies Miteigentum tatsächlich dem sittlichen Wesen der Ehe, so wäre es kaum konsequent, die Vereinbarung der Gütertrennung zuzulassen, da die Rechte und Pflichten, die aus der Ehe selbst resultieren, dann notwendigerweise von den Ehegatten nicht abgeändert werden dürften²⁾. Selbst der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft wäre dann nicht unbedenklich. Verbindliche und insbesondere allgemeingültige Antworten lassen sich daher mit Hilfe des "Wesens der Ehe" nicht ohne weiteres finden³⁾.

Aber auch jene Argumentation, nach der nur der Wille der Ehegatten "gesund" und "normal" ist, der auf Miteigentum gerichtet ist, erscheint bedenklich. Es ist bereits fraglich, ob man den Ehegatten beim Eigentumserwerb überhaupt ohne weiteres einen konkreten auf die ehelichen Eigentumsverhältnisse bezogenen Willen unterstellen darf. So wird sich auch der ledige Käufer einer Sache, der das Eigentum selbst erwirbt, im Augenblick des Erwerbs häufig keine derart konkreten Vorstellungen machen, wie es das Abstraktionsprinzip und die dingliche Einigung bei rein juristischer Betrachtungsweise an sich verlangten. Dem verheirateten Käufer dann aber einen derartigen Willen - insbesondere wenn er in Abweichung von der normalen Ichbezogenheit auf Miteigentum gerichtet sein soll - bedenkenlos zu unterstellen, vermag nicht ohne weiteres zu überzeugen. Aber selbst, wenn man beim Eigentumserwerb von einer konkreten Vorstellung des einzelnen Ehegattens hinsichtlich der ehelichen Eigentumsverhältnisse ausgehen könnte, wäre die genaue Bestimmung des Willens sehr schwierig. Abgesehen davon, daß der "gesunde Wille" durch das "gesunde Volksempfinden" des Nationalsozialismus erheblich diskreditiert wurde, und sein Beweis-

-
- 1) In der protestantischen Kirche, der nahezu die Hälfte aller Ehegatten in Deutschland angehören, fehlt es insoweit überhaupt an einer einheitlichen Lehrmeinung; vgl. auch Knut W. Nörr, JZ 66, 545 f und D. Schwab, Ehegesetzgebung, S. 104 ff.
 - 2) RGZ 61, 50; Staudinger-Hübner, § 1353 Rdnr. 4; Fahr, S. 107.
 - 3) So insbesondere Gernhuber, Lehrbuch, § 3, 3; ders. FamRZ 59, 465 ff (z.B. S. 469).

wert daher recht fragwürdig geworden ist¹⁾, ist insbesondere nicht ohne weiteres zu bestimmen, worauf denn nun tatsächlich ein gesunder Wille gerichtet ist.

Wäre das Wort "gesund" in Abweichung von seiner sonstigen Bedeutung als das zu verstehen, was sittlich richtig ist, so könnte "ein gesunder Wille" als "gesollter Wille" allenfalls dann auf Miteigentum gerichtet sein, wenn es den Ehegatten als sittliche Pflicht obläge, für den Ehepartner mitzuerwerben. Es ließe sich dann zwar nicht unmittelbar mit diesem "gesollten Willen" argumentieren, da es in der vorliegenden Untersuchung nicht darum gehen kann, was die Ehegatten sollen, sondern nur darum, was die Ehegatten tatsächlich wollen. Denkbar wäre aber immerhin, daß von einem "gesollten Willen" aus eine Vermutung für den tatsächlichen, individuellen Willen in jedem Einzelfall sprechen würde²⁾. Eine derartige Argumentation versagt aber bereits deshalb, weil kein ethisches Prinzip Miteigentum unter Ehegatten gebietet³⁾. Daher muß auch der Versuch scheitern, das Sollen hinsichtlich der ehelichen Eigentumsverhältnisse in einer dem § 1353 entsprechenden Weise zu interpretieren. Zwar ist § 1353 die oberste Generalklausel des gesamten Eherechts und daher nicht von vornherein auf das eheliche Güterrecht unanwendbar⁴⁾. Doch erhebt § 1353 die sittlichen Pflichten zu Rechtspflichten⁵⁾ und könnte daher nur dann die Verpflichtung der Ehegatten zur Miteigentumsgemeinschaft enthalten, wenn die Herstellung einer derartigen Miteigentumsgemeinschaft den Ehegatten als sittliche Pflicht obläge. Das ist aber gerade nicht der Fall. Überdies würde man bei gegenteiliger Ansicht auch die insoweit eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers, der sich in Kenntnis einer mannigfaltigen Kritik bewußt gegen die Gütergemeinschaft entschieden hat, mit Hilfe des § 1353 auf unzulässige Weise korrigieren.

Denkbar wäre es auch, daß für die Ehegatten das "gesund" und daher normal ist, was nach ihrer Vorstellung wirtschaftlich

1) So z.B. auch Wolf in Wolf-Like-Hax, § 285 FuBn. 173.

2) Ähnlich z.B. auch Erman-Westermann, § 929, 17 im Rahmen des "Handelns für den es angeht".

3) S.o.S. 25.

4) S.u.S. 139.

5) Staudinger-Hübner, § 1353 Rdnr. 3.

notwendig oder zweckmäßig ist. Spielte die Frage nach dem Eigentum an einer Sache ganz allgemein und die Frage nach der sachenrechtlichen Zuordnung einer Sache in der Ehe im besonderen eine große Rolle in der Vorstellung der Ehegatten und stellte sich dabei Miteigentum für die Ehegatten zumindest als wirtschaftlich sinnvoll dar, so könnte der Wille typischerweise auf Miteigentum in der Ehe gerichtet sein und daher auch im konkreten Einzelfall im Zweifel tatsächlich Miteigentum zum Ziele haben. Es ist jedoch fraglich, ob angesichts der veränderten modernen soziologischen Verhältnisse und der damit gewandelten Ehe- und Familienwirklichkeit, in der Vorstellung der Ehegatten die Frage der sachenrechtlichen Zuordnung und der ehelichen Eigentumsverteilung überhaupt noch aktuell ist.

Möglicherweise könnte für die Ehegatten ein auf eheliches Miteigentum gerichteter Wille auch dann noch gesund und daher typisch und deshalb im Zweifelfalle zu vermuten sein, wenn die Ehegatten sich als Sozialwesen und unselbständige Mitglieder einer allumfassenden Schicksalsgemeinschaft Ehe und Familie empfinden¹⁾, in der sie unter weitgehender Aufgabe ihrer Einzelpersönlichkeit und ihres Alleineigentums aufgehen. Eine derartige Ehe- und Familienauffassung als allgemeingültig anzuerkennen, ist jedoch in der heutigen Zeit nicht ohne weiteres möglich. Denn es wäre immerhin auch denkbar, daß die Ehegatten in der Ehe heute den Zusammenschluß zweier Menschen sehen, die unabhängig von allen Eigentumsfragen im wechselseitigen Austausch zur Entfaltung ihrer Einzelpersönlichkeit vorzudringen trachten²⁾. Diese Ehepartner würden sicher kein minder wertvolles Eheideal vertreten, ihrer Eheauffassung gegenüber wäre es jedoch kaum angemessen, den Eigentumserwerb nach einem "gesunden Willen zur Mitbeteiligung" zu beurteilen.

Es ist daher nicht ohne weiteres möglich, von einem "gesunden Willen" der Ehegatten aus auf Miteigentum in der Ehe zu schließen.

-
- 1) Wie z.B. Bosch, FamRZ 54, 153 f., oder Häring, S. 476, annehmen.
 - 2) Vgl. insoweit auch Ulmer, FamRZ 58, 251.

Ohne damit schon endgültig etwas gegen das Ergebnis der oben zitierten Ansicht sagen zu können, sind doch zumindest die Ausgangspunkte und Begründungen für diese Ansicht nicht derart zwingend, daß ihnen ohne nähere Untersuchung gefolgt werden könnte.

II. Der Wille der Ehegatten, Miteigentum grundsätzlich nur im Falle gemeinschaftlicher Finanzierung zu erwerben

Nach einer anderen Ansicht entscheidet ungeachtet der Bedeutung, die dem Miteigentum gerade für die nur im Haushalt tätige und vermögenslose Ehefrau zukommen kann, die Herkunft der finanziellen Mittel darüber, ob und in welchem Verhältnis beide Ehegatten Miteigentum erwerben wollen¹⁾ und im Rahmen allgemeiner sachenrechtlicher Konstruktionen auch tatsächlich erwerben.

Das Gesetz selbst macht den Eigentumserwerb eines Ehegatten nicht von der Herkunft der finanziellen Mittel abhängig²⁾.

- 1) Freund, JW 38, 1735; Schlottmann, DJ 41, 624; Warthaus, DJ 41, 821; OGH NJW 50, 593 ff(594); LG Berlin (West) JR 52, 243; Müller-Freienfels, JZ 57, 693; ähnliches läßt auch Wahl, 57. Protokoll des Unterausschusses S. 4 zu; desgl. Beitzke, Lehrbuch, § 13 I 2 und Weimar, Eigentumsverhältnisse, MDR 62, 525 ff; Erman-Bartholomeyczik, § 1362, 7 sieht in der Herkunft der Mittel ein wichtiges Indiz für den Willen; hierzu zählen auch die Entscheidungen, nach denen Miteigentum zur Hälfte bei den Anschaffungen entsteht, die mit Hilfe eines an beide Ehegatten ausgezahlten Ehestandsdarlehns finanziert werden, z.B. KG DJ 41, 829; OLG Königsberg HRR 41, 383; a.A. Fahr, S. 113 f, der darauf hinweist, daß diese Darlehen später häufig nur vom Ehemann zurückgezahlt wurden. Vgl. auch Hanisch, S. 37 ff, unter Hinweis auf einen Teil der englischen Rechtsprechung (Re Rogers' Question, Hoddinott v. Hoddinott u.a.), die ebenfalls aus der Herkunft der Mittel den "erkennbaren Erwerbswillen" herleiten (Wirkungen allerdings nur im Innenverhältnis, beneficially).
- 2) Zu denken wäre allenfalls an § 1357 I 2, 1. Halbs.; danach erwirbt der zur Zahlung verpflichtete Ehemann das Eigentum; doch erwirbt der Ehemann nach dieser Vorschrift auch dann, wenn die Ehefrau ihrer Zahlungsverpflichtung aus § 1357 I 2, 2. Halbs. nachkommt, so daß § 1357 I 2, 1. Halbs. selbst nicht entnommen werden kann, daß der Zahlende auch Eigentümer werden soll; vgl. dazu auch unten S. 128 ff.

Doch erscheint zumindest der Ansatzpunkt dieser Ansicht einleuchtend, da dem Wissen um die gemeinschaftliche Finanzierung durchaus der Wille zum gemeinschaftlichen Erwerb entsprechen kann¹⁾. Dennoch erheben sich auch gegen diese Ansicht Bedenken.

Es ist auch hier bereits wieder fraglich, ob der einzelne Ehegatte beim Eigentumserwerb überhaupt einen auf die ehelichen Eigentumsverhältnisse bezogenen Willen hat. Weiterhin hat diese Ansicht nur dann ihren Sinn, wenn die Ehegatten nicht generell Miteigentum erwerben wollen. Denn wenn die Ehegatten unabhängig von der Herkunft der finanziellen Mittel bereits Miteigentum erwerben wollen, hat die Feststellung, daß Miteigentum bei gemeinschaftlicher Finanzierung gewollt ist, keine Bedeutung.

Aber selbst wenn die Ehegatten grundsätzlich Alleineigentum erwerben wollen, so ergeben sich auch deshalb Zweifel an dieser Ansicht, weil sie unter Umständen in lebensfremder Weise unterstellt, die Ehegatten hätten bei jedem Einzelerwerb entweder das Bewußtsein von der konkreten finanziellen Beteiligung oder von dem sich aus einer Gesamtabrechnung ergebenden rechnerischen Beteiligungsverhältnis. Gegen diese Ansicht läßt sich weiterhin einwenden, daß ihre Folge eine bedenkliche, vom Willen der Ehegatten her unter Umständen gerade nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der erwerbstätigen Ehefrau und der verheirateten Nur-Hausfrau ist. Bedenklich erscheint diese Andersbehandlung insbesondere dann, wenn es allgemeine Auffassung der Ehegatten wäre, daß die Ehefrau, die auf Grund ihrer Beanspruchung im Haushalt und Familie keiner eigenen Erwerbstätigkeit nachgehen kann, ein geldwertes Opfer brächte und daher im gleichen Umfang wie die mitfinanzierende erwerbstätige Ehefrau an den Neuanschaffungen dinglich mitbeteiligt werden müßte. Tatsächlich wurde in der DDR, in der die Erwerbstätigkeit der Ehefrau staatlicherseits gewollt und durch Erziehung und besondere Einrichtungen ständig gefördert wird, die Einführung des gesetzlichen Güterstandes der Errungenschaftsgemeinschaft durch das neue Familiengesetzbuch unter anderem mit einem derartigen Hinweis zu rechtfertigen versucht. Daß ein derartiges Denken auch in der

1) S.u.S. 63 ff.

Bundesrepublik Deutschland den Ehegatten nicht völlig fremd ist, klingt auch in der dem Bundestag 1966 zugeleiteten Enquête der Bundesregierung über die "Situation der Frau in Beruf, Familie und Gesellschaft"¹⁾ an. Solange eine derartige Annahme nicht widerlegt und solange nicht nachgewiesen ist, daß die verheiratete Nur-Hausfrau sich nicht selbst als "verhinderte Erwerbsperson" empfindet und auch von ihrem Ehemann nicht als solche empfunden wird, solange ist es - abgesehen von allen sonstigen Bedenken - nicht haltbar, den Eigentumserwerb der erwerbstätigen Ehefrau allein auf Grund ihres finanziellen Beitrags anders zu beurteilen, als den Eigentumserwerb der verheirateten Nur-Hausfrau. Man müßte ansonsten entweder davon ausgehen, daß die Nur-Hausfrau auf Grund ihres "Opfers durch Berufsverzicht" nach dem Willen beider Ehegatten "entschädigt" werden soll und daher ebenso wie die erwerbstätige Ehefrau die Neuanschaffungen miterwirbt, oder aber man müßte annehmen, daß die Mitfinanzierung für die Eigentumsverteilung, bzw. für den auf die Eigentumsverteilung bezogenen Willen schlechthin unbeachtlich ist.

Auch die gemeinschaftliche Finanzierung ist daher nicht ohne weiteres ein brauchbares Indiz zur Beantwortung der Frage nach dem Willen der Ehegatten beim Eigentumserwerb.

B. Versuch einer Kennzeichnung des auf die ehelichen Eigentumsverhältnisse bezogenen Willens der Ehegatten

Miteigentum entsteht in der Zugewinnsgemeinschaft nicht allein auf Grund des Bestehens der Ehe, sondern in aller Regel allenfalls dann, wenn die Ehegatten Miteigentum erwerben wollen.

Es wurde aber bereits darauf hingewiesen, daß der Nachweis, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Verhältnis die in Zugewinnsgemeinschaft lebenden Ehegatten das Eigentum in jedem Einzelfall abweichend von § 1363 erwerben wollen, nicht möglich ist. Es erwies sich auch als eine nicht ohne

1) Vgl. unten S. 69 ff.

weiteres gerechtfertigte Unterstellung, allein von der Herkunft der finanziellen Mittel auf den im Einzelfall gegebenen individuellen Willen zu schließen. Auch der Hinweis auf das "Wesen der Ehe" stellte sich insoweit als Kryptoargument¹⁾ heraus, während der "gesunde Wille" der Ehegatten zu vieldeutig ist, um eine überzeugende Antwort auf die Frage nach dem individuellen Willen zu geben.

Die vorliegende Untersuchung muß daher einen anderen Weg beschreiten:

I. Die Vermutung, die vom typischen Willen der Ehegatten auf den individuellen Willen der Ehegatten im konkreten Einzelfall schließen läßt

Eine Antwort auf die Frage nach dem auf die ehelichen Eigentumsverhältnisse bezogenen, im konkreten Einzelfall vorhandenen individuellen Willen wird sich möglicherweise dann finden lassen, wenn die Bejahung einer Vermutung berechtigt wäre, mit deren Hilfe man von bestimmten nachweisbaren Anhaltspunkten aus auf einen derartigen Willen schließen könnte.

Es wurde bereits gezeigt, daß kein "höheres Prinzip" eine bestimmte Ausgestaltung der ehelichen Eigentumsverhältnisse fordert. Daher besteht auch keine Vermutung, die von einem gesollten Willen aus den Schluß auf den im Zweifel gegebenen individuellen Willen zuläßt.

Anders wäre es, wenn der Nachweis eines den Ehegatten insoweit typischen Willens gelingen würde. Von einem derartigen typischen Willen aus würde dann grundsätzlich eine Vermutung dafür sprechen, daß die Ehegatten im Zweifel entsprechend dem typischen Willen in jedem Einzelfall auch tatsächlich erwerben wollen. Da die Vorschriften über die Zugewinnsgemeinschaft in § 1363 II 1 lediglich eine hinsichtlich der auf die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse und des auf die Eigentumsverteilung gerichteten Willens wertneutrale und grundlegende Begriffsbestimmung enthalten, könnte der gesetz-

1) Ähnlich auch Gernhuber, Lehrbuch, § 3, 3.

anwendende Jurist dann bei der Beurteilung der tatsächlichen Eigentumsverhältnisse - gleichgültig, ob sich die Ehegatten im zu beurteilenden Einzelfall überhaupt Gedanken gemacht haben oder nicht - bis zum Nachweis des Gegenteils davon ausgehen, daß die Eigentumsverhältnisse dem typischerweise zu vermutenden Willen entsprechen. Fraglich ist aber, was die Ehegatten typischerweise wollen oder was sie typischerweise erklärten, wenn sie nach der beabsichtigten Eigentumsverteilung gefragt würden¹⁾.

1. Der auf das wirtschaftlich Notwendige oder Sinnvolle gerichtete typische Wille

Familie und Ehe leben nicht in einem wirklichkeitsfernen Raum, sondern in einer bestimmten Landschaft, in einer bestimmten Zeit und in Auseinandersetzung mit einer Reihe ganz bestimmter äußerer Gegebenheiten einer sich im steten Umwandlungsprozeß befindlichen Umwelt. Familie und Ehe sind daher auch keine umwandelbaren Gebilde, sondern in all ihren Bereichen zum Teil weitgehend Ergebnis der sich ihnen aus ihrer jeweiligen Situation stellenden Aufgaben.

Schon das älteste ungeschriebene Recht war überwiegend ein getreues Spiegelbild der äußeren Verhältnisse. Aber auch der spätere autoritäre Gesetzgeber konnte diese Abhängigkeit nicht unberücksichtigt lassen. Er hatte die Familie als bereits bestehende, in ihre Zeit gestellte, menschliche Ursprungsgemeinschaft, als sogenannte Primärgruppe anzuerkennen, nicht dagegen - wie die Zweckgemeinschaften, die allein durch ihren rationalen Zweck charakterisiert sind - erst zu schaffen²⁾. Daher mußten die vorgegebenen Verhältnisse, die

-
- 1) Wenngleich der Trend zur Nivellierung unter den einzelnen Familien und Ehen unverkennbar ist, wird dagegen der Nachweis, daß etwas den Ehegatten nicht nur *typisch*, sondern *generell eigentümlich* ist, nicht möglich sein. Aussagen über Familie und Ehe und deren Mitglieder schlechthin können nur Schilderungen von *Tendenzen* und Feststellungen über *typische, weithin zutreffende Erscheinungen* enthalten.
- 2) Schindler, Recht, Staat, Völkergemeinschaft, S. 115 ff.; Häring, S. 444; Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 63 ff.

Regeln des sozialen Lebens und das entsprechend ausgerichtete Wollen der Menschen das Handeln des Gesetzgebers weit mehr beeinflussen, als abstrakte Ziele, die der Gesetzgeber möglicherweise zu verwirklichen trachtete¹⁾. Die Gesetze haben daher auch überwiegend keine Umschichtung der Gesellschafts- oder Familienordnung beabsichtigt, zumindest aber nicht zur Folge gehabt. Sie haben sich vielmehr meistens einer mehr oder weniger vollzogenen Entwicklung angepaßt²⁾.

Es wäre nun verständlich, wenn die sich von dorthier möglicherweise ergebenden Abhängigkeiten, Einflüsse und Wechselbeziehungen auch den auf die ehelichen Eigentumsverhältnisse bezogenen typischen Willen der Ehegatten entstehen und in seiner Zielrichtung beeinflussen würden. Stellten Familie und Ehe Gemeinschaften dar, die vorwiegend von wirtschaftlichen Gegebenheiten beeinflußt würden, so müßte infolgedessen auch der typische Wille der Ehegatten hinsichtlich der Eigentumsverteilung in Familie und Ehe im Zweifel auf das wirtschaftlich Notwendige oder Sinnvolle gerichtet sein.

- a) Der entscheidende Einfluß der ökonomischen Verhältnisse auf die Eigentumsverteilung in der Familie und Ehe der Vergangenheit

Die sich der Familie und Ehe in der Vergangenheit stellenden Aufgaben waren überwiegend ökonomischer Natur. Zwar waren Familie und Ehe nie reine Produktionsgemeinschaften, doch sind sie immer auch oder sogar überwiegend ökonomische Gemeinschaften³⁾ gewesen. Bei der Bewältigung der ökonomischen Aufgaben kam dem Sachgüterbesitz die größte Bedeutung zu und die Antwort auf die Frage nach dem ökonomisch Notwendigen oder Sinnvollen übte einen besonders intensiven Einfluß auf die Eigentumsverhältnisse in Familie und Ehe aus. Denn gerade der Sachgüterbesitz in Familie und Ehe stellte häufig das Mittel

1) S.u.S. 78 Fußn. 1.

2) S.u.S. 33 ff.

3) Für die Ehe z.B. Schelsky, Sexualität, S. 28; Spranger, Lebensformen, S. 160; für die Familie z.B. Schelsky, Wandlungen, S. 10; Fröhner-Stackelberg-Eser, S. 25; Gernhuber, Lehrbuch, § 1 I 2.

der materiellen Lebenserhaltung dar, zumindest aber war er mit entsprechenden Familienaufgaben unmittelbar verbunden und bot daher dem Einfluß wirtschaftlicher Real faktoren die größte Angriffsfläche. So spielte beispielsweise in Zeiten, in denen Landwirtschaft und Wirtschaft noch weithin identische Größen waren, die Frage nach dem Eigentum am Grund und Boden die entscheidende Rolle für die Familie und Ehe. Das Eigentum wurde nicht nach Gutdünken unter die Familienmitglieder oder Ehegatten aufgeteilt bzw. nicht nach Belieben an die Nachkommen vererbt, sondern fast ausschließlich nur so, wie es für die Existenz und den Fortbestand der Familie notwendig oder sinnvoll war. Gleiches galt zum Beispiel auch von den handwerklich ausgerichteten oder vom Handel lebenden Familien. Derartige Einflüsse sind offenkundig. Sie lassen sich bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts und selbst noch im gesetzlichen Güterstand des am 1. Januar 1900 in Kraft getretenen Bürgerlichen Gesetzbuch nachweisen¹⁾.

1) Diese Einflüsse werden von den Verfassern einer Reihe von Untersuchungen beschrieben, die in Ausgangspunkt, Anlage und Zielsetzung sehr unterschiedlich sind; von den älteren Arbeiten sollen hier stellvertretend stehen: Fischer, Versuch einer deutschen Erbfolge, 1778; Gaupp, Das alte Gesetz der Thüringer, 1834; Schröder, Das eheliche Güterrecht in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, 1875; Grosse, Die Formen der Familie und die Formen der Wirtschaft, 1896; Felix, Entwicklung des Eigentums unter kulturgeschichtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten, 1889; Marianne Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, 1907; Engels, Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates, Neuaufl. 1946; Bebel, Die Frau und der Sozialismus, Neuaufl. 1946; von den neueren Arbeiten seien u.a. genannt: Ogburn, Social Change, 1922; ders., The Family and its Functions, 1934; ders., Selected Essays on Family Law, 1950; König, Materialien zur Soziologie der Frau, 1946; ders., Soziologie der Familie, 1955; Nimkoff, Trends in Family Research, 1948; Fröhner-Stackelberg-Eser, Familie und Ehe, 1956; Wolf-Luke-Max, Scheidung und Scheidungsrecht, 1959; Häring, Ehe in dieser Zeit, 1960; Schelsky, Wandlungen der deutschen Familie, 1960; Simone de Beauvoir, Das andere Geschlecht, 1961; Riesman, Die einsame Masse, 1961; Müller-Freienfels, Ehe und Recht, 1962; Negro, Das Eigentum, Geschichte und Zukunft, 1963; Dieter Schwab, Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit, 1967.

Zwar ist der Einfluß ökonomischer Gegebenheiten auf die Familie und Ehe selbst und deren Eigentumsverhältnisse zwar nicht derart ausweglos gewesen, wie ihn ein Teil der amerikanischen Soziologie für den Gesamtbereich der gesellschaftlichen Entwicklung¹⁾ und auch für das Familien- und Eheleben in all seinen Erscheinungsformen²⁾ nachweisen will. Diese Theorie ist insoweit dem Determinismus marxistischer Prägung nicht unähnlich³⁾, wenn sie lehrt, Vorläufer jeder gesellschaftlichen und familiären Veränderung sei zwingenderweise eine Umstrukturierung der Wirtschaftsverfassung. Mag auch eine Reihe von Indizien auf eine derartige Abhängigkeit hindeuten⁴⁾, so ist diese Ansicht dennoch abzulehnen. Sie läßt im Bereich der Familien- und Eheentwicklung insbesondere die biologisch-soziale Doppelnatur der Familie außer acht⁵⁾ und verkennet, daß die Ehe immer auch eine Liebesgemeinschaft mit einer entsprechenden Eigengesetzlichkeit gewesen ist und immer sein wird und in gewissem Maße

1) Z.B. Ogburn, Social change.

2) Z.B. Nimkoff, Trends in Family Research; Ogburn, The Family and its Functions.

3) Auf die Wechselbeziehung zwischen der Geschichte des Privateigentums, der Geschichte der Familie und der wirtschaftlichen Entwicklung aus marxistischer Sicht weist z.B. Friedrich Engels, Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates, S. 135, hin; vgl. auch Bebel, S. 285.

4) So weist z.B. Schelsky, Sexualität, S. 38, nach, wie stark der Einfluß der ökonomischen Umwelt auf die sexuellen Beziehungen sein kann (ähnlich ders., Wandlungen, S. 338); auf S. 29 a.a.O. weist Schelsky auf die sog. Notmonogamie hin; vgl. dazu auch Friedrich Engels a.a.O., S. 65; Nach Riesman, S. 26, ist auf Grund wirtschaftlicher Einflüsse "... der Kannibalismus erfunden ... und Kindes-tötung von Mädchen geübt worden". Nach Häring, S. 493 (der ansonsten aus christlicher Sicht kritisch zur determinierenden Kraft der Wirtschaftsstruktur ist, S. 494), ist "... die Vielweiberei teilweise eine Anerkennung ihres (der Vielweiberei) wirtschaftlichen Wertes".

5) König, Materialien, S. 66 ff.

immer auch von religiösen und philosophischen Ideen beeinflusst wurde¹⁾. Diese Ansicht wird der Wirklichkeit im Einzelfall auch dann nicht gerecht, wenn es gilt, Merkmale des persönlichen Familienbereiches zu deuten, die mit der Entwicklung der wirtschaftlichen und industriellen Welt nicht übereinstimmen, sondern - wie in den sozialistischen Ländern - ihr eher zuwiderlaufen²⁾. Dieser Gegenreaktionen wegen lassen sich die Unterschiede daher auch nicht einseitig als Verspätungserscheinungen im Anpassungsprozeß der Familie kennzeichnen und mit der Schwerfälligkeit der Familienentwicklung erklären.

Trotz der biologischen Natur der Familie und des Einflusses weltanschaulichen Gedankenguts aber, trotz ihres Beharrungsvermögens und trotz der Gegenreaktionen, zu denen sie sich bisweilen als fähig erweist, und trotz einer liebesbedingten Eigengesetzlichkeit der Ehe, ist in der Vergangenheit der Einfluß der materiellen Daseinsgegebenheiten auf alle Bereiche des Familien- und Ehelebens evident. Dieser Einfluß ist auch verständlich, da Familie und Ehe eben nie nur Zeugungsgemeinschaften oder auf reine Personenbeziehungen reduzierte Gemeinschaften waren, in denen die persönlichen Verhältnisse ungehindert dem biologischen Zweck oder dem Gutdünken und der individuellen Anlage ihrer jeweiligen Mitglieder entsprechend ausgebildet werden konnten, sondern immer auch ökonomische Gemeinschaften darstellten. Ebenso wie sich auch die Gesellschaft mit dem ihr zur Orientierung dienenden Instrumentarium an Überzeugungen, Gebräuchen, Usancen und Sitten der jeweils geänderten wirtschaftlichen Verfassung sofort oder zumindest allmählich³⁾ anpaßte, so ähnlich glich sich auch die Familie und Ehe in all ihren Bereichen an. Diesem Anpassungsprozeß waren insbesondere die Eigentums-

-
- 1) Vgl. dazu insbesondere Dieter Schwab, Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts.
 - 2) Vgl. insoweit Schelsky, Wandlungen, S. 13; König in Gehlen-Schelsky, S. 120, Fußn. 3.
 - 3) Vgl. den sog. "cultural lag" der "adaptive culture", Schelsky, Wandlungen, S. 10, mit Hinweis auf Ogburn.

verhältnisse, im gewissen Umfang aber auch die jeweilige Auffassung von der Familie und Ehe, die persönliche Rolle ihrer Mitglieder und deren persönliche Beziehungen zueinander unterworfen.

Wären Familie und Ehe daher auch heute noch überwiegend ökonomische Gemeinschaften, in denen den Eigentumsverhältnissen eine lebenswichtige Bedeutung zukäme, so könnte man auch heute noch zur Kennzeichnung der Zielrichtung des auf die ehelichen Eigentumsverteilung bezogenen typischen Willens der Ehegatten in erster Linie auf das derzeit wirtschaftlich Notwendige und Sinnvolle abstellen.

b) Der geringe Einfluß der ökonomischen Verhältnisse auf die Eigentumsverteilung der Familie und Ehe der Gegenwart

Die Zahl der Mitglieder der Familie hat sich in den letzten hundert Jahren erheblich verkleinert¹⁾. Die Familie besteht heute im Regelfall aus den Ehegatten und deren minderjährigen Kindern²⁾. Ihren äußeren Ausdruck findet diese Reduktion darin, daß heute auch sprachlich der Unterschied zwischen Familie und Ehe weithin verlorengegangen ist³⁾.

Erste Auflösungserscheinungen der alten Großfamilie haben sich schon frühzeitig durch Arbeitsteilung und Ausgliederung

-
- 1) Die Personen je Privathaushalt im Deutschen Reich: 1871 4,70 Personen; 1880 4,69 Personen; 1890 4,66 Personen; 1900 4,60 Personen; 1925 4,07 Personen; 1939 3,50 Personen; in der Bundesrepublik Deutschland: 1950 3,04 Personen; 1957 2,94 Personen; 1961 2,86 Personen; Angaben nach Anhangtabelle "Familie" 15 a der Frauenenquete.
 - 2) Nach den Ergebnissen einer repräsentativen Umfrage waren z.B. bereits im Oktober 1957 von 16,9 Millionen in der BRD 6,6 Millionen Ein- und 9,9 Millionen Zweigenerationenhaushalte (insgesamt rd. 93 % also). Nachweis bei Schmucker, Tabelle 4, S. 83.
 - 3) Nach E. Durkheims "Kontraktionsgesetz" (Durkheim, La famille conjugale, 1921) vollzieht sich die Entwicklung von weiten großfamiliären Kreisen über die "Kernfamilie" (nuclear family) zur "Gattenfamilie" (famille conjugale); vgl. z.B. auch Schelsky, Wandlungen, S. 27; Kaltschmid, S. 62; König, Lexikon, S. 65.

bestimmter ökonomischer Funktionen aus der bis dahin in wesentlichen Bereichen autarken Hauswirtschaft gezeigt. Auch unter dem Einfluß des Naturrechts wurde der Mensch immer weiter aus dem Familienverband herausgelöst und als "geschäftsfähiges Individuum"¹⁾ betrachtet. Die entscheidenden Voraussetzungen der modernen Kleinfamilie wurden jedoch erst mit der ersten industriellen Revolution geschaffen. Denn erst im industriellen Zeitalter entstanden in größerer Zahl Arbeitsplätze in den Fabriken, die im Gegensatz zu den Arbeitsstellen der häuslichen Produktionsgemeinschaften dem einzelnen größere finanzielle Selbständigkeit gewährten. Damit war Haushalt und Betrieb voneinander getrennt, die Basis der heutigen Freizügigkeit der Familie war geschaffen und es ergab sich nunmehr die Möglichkeit, allein auf der Grundlage der eigenen Arbeitskraft und unabhängig vom festen Besitz und ohne Unterstützung von der elterlichen "Orientierungsfamilie" selbständig zu leben und gegebenenfalls neue Familien zu gründen.

Der fortschreitende Verlust ökonomisch-produktiver Aufgaben hat bis in die Gegenwart angehalten. Hat sich auch bis heute die Voraussage nicht erfüllt, daß die Familie auf die Dauer auch ihren letzten wesentlichen, durch die Zubereitung der täglichen Mahlzeiten gebildeten produktiven Restbereich verlieren wird, so ist doch auffällig, daß zum Beispiel in den USA bereits ein Drittel des gesamten Lebensmittelkonsums Gemeinschaftsverpflegung ist und daß in der Bundesrepublik beispielsweise die Hälfte der für den Haushalt bestimmten Nahrungsmittel als halbfertige oder sogar eßfertig vorbereitete Waren verkauft werden²⁾.

Der gesamte "effektive Lebensbereich"³⁾ der Familie, innerhalb dessen Grenzen sie von der öffentlichen Daseinsvorsorge abhängig ist, hat auf Kosten des von der Familie tatsächlich beherrschten Bereiches ständig zugenommen. Auch ihre

1) König in Gehlen-Schelsky, S. 132; Kaltschmid a.a.O.

2) Angaben nach FAZ vom 17.9.1966, Beilage: Bilder und Zeiten, Die Frau.

3) Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938; H.J. Wolff I, § 3 III a.

Sicherungs- und Fürsorgeaufgaben hat die Familie weitgehend an staatliche Einrichtungen und soziale Organisationen abgegeben. Zwar trägt der einzelne durch seine Abgaben und Beiträge mittelbar selbst die ihm im Bedarfsfall zukommende Unterstützung. Er hat daher sein Lebens Einkommen an sich nur in bedarfsgerechter Weise auf die nichteinkommensträchtigen Phasen seines Lebens - Kindheit, Ausbildung, Krankheit, Arbeitslosigkeit, Alter - umgeschichtet¹⁾, doch wäre er ohne Hilfe des Staates oder großer Organisation zu einer derartigen Umschichtung nicht in der Lage und ohne obrigkeitlichen Zwang im allgemeinen auch nicht bereit.

Eine Reihe anderer "institutioneller Funktionen", die zur Bedeutung der Familie früher entscheidend beigetragen hat, mußte die Familie ebenfalls bis auf Restbereiche²⁾ abgeben³⁾. So ist der Umfang der religiösen Aufgaben auch in den Familien, deren Mitglieder ihren Glauben noch praktizieren, auf ein Minimum geschrumpft. Auch die Unterhaltungsaufgaben haben zum großen Teil andere Organisationen und Industrien übernommen, wenn deren Produkte auch, wie beispielsweise beim Rundfunk und Fernsehen, überwiegend wieder im Heim der Familie konsumiert werden. Sieht man einmal von der an anderer Stelle noch zu beschreibenden "Sozialisation" durch die Familie ab, so haben sich auch die Erziehungsaufgaben der Familie stark reduziert. Auf Grund einer Hand in Hand mit einem zunehmenden Autoritätsverlust einhergehenden Unsicherheit der Eltern auf diesem Gebiet⁴⁾, werden die Erziehungsaufgaben den Kindergärten, Schulen und sonstigen Einrichtungen überlassen. Ansonsten aber flüchten die Eltern in die bequeme Rolle der "verständnisvollen Eltern" und sind allenfalls noch Vollzieher der in Zeit-

1) Vgl. Schreiber, Sozialenquete - und was nun?, FAZ vom 25.10.1967, S. 15 f.

2) Als "Gehäuse der Verinnerlichung"(s.u.S. 55 ff) bedeutsam.

3) Dazu z.B. König, Materialien, S. 57 ff; ders. Gehlen-Schelsky, S. 133 f; Schelsky, Wandlungen, S. 17 ff; Wurzbacher in Grundlagen, S. 90 ff; Fröhner-Stackelberger-Eser, S. 25 f; Gernhuber, Lehrbuch, § 1 I; Häring, S. 440 ff; Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 40; Hourdin, La famille et la civilisation moderne, in Famille d'aujourd'hui, Paris, 1958, S. 53 ff.

4) Vgl. z.B. die Frauenenquete, S. 12.

schriften, Büchern, Funk und Fernsehen gegebenen Erziehungsratschläge. Selbst die durch die Familie erfolgende Wissensvermittlung hat erheblich an Bedeutung verloren und sich in erster Linie auf das noch nicht schulpflichtige Kind beschränkt¹⁾.

Gleichzeitig mit dieser "Desintegration der Familie"²⁾, die parallel zu einer allgemeinen Desintegration der Kulturbereiche verläuft³⁾, hat auch die Bedeutung des Eigentums in der Familie und Ehe entscheidend abgenommen.

Je mehr die Familie in ein System staatlicher Fürsorge eingebettet und in dessen Schutz gegen die größeren sozialen Risiken abgesichert wurde und je weniger sie zu einer selbständigen, auf Nutzung eigener Güter beruhenden Lebensführung in der Lage war, sondern von den Errungenschaften des technischen Fortschritts⁴⁾ und von vorgefertigten Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge abhing, um so geringer wurde der Wert des Eigentums als existenzsicherndes Mittel. Auch hat sich die Wertbeständigkeit des Eigentums in der jüngeren Vergangenheit durch Kriege und deren Folgeerscheinungen als recht fragwürdig herausgestellt.

1) Vgl. z.B. Riesman, S. 52 ff(59 ff), dessen Untersuchungen der amerikanischen Gesellschaft hier - wie häufig auch an anderen Stellen - auch für die deutsche Gesellschaft zutreffen; vgl. aber z.B. auch Schelsky, Rolle der Schule, S. 40, der auf die großen Schwierigkeiten der Eltern bei der Überwachung der Schulaufgaben ihrer Kinder hinweist.

2) Der Begriff geht auf König, u.a. in Materialien, zurück.

3) Zu verstehen als "Aufzäccherung" des gesellschaftlichen Gesamtbewußtseins in eine Mannigfaltigkeit einzelner Kultursektoren, die relativ unabhängig voneinander funktionieren und autonom sind, vgl. Kalschmid, S. 63; König, Familie und Familiensoziologie, S. 121.

4) So weist Fr.G. Jünger, Die Perfektion der Technik, darauf hin, daß der technische Fortschritt "den mit dem Eigentum unlösbar verbundenen Personalismus ... beseitigt, ... das Eigentum (selbst) ablöst, indem er mechanische Bestimmungen in das Eigentum einschleibt und es auf mechanische Weise disponibel macht, wie es ... mit dem Begriff des Eigentums nicht zu vereinbaren ist (S. 251); ... das technische Kollektiv entfaltet sich, das Eigentum wird immer mehr zurückgedrängt (S. 287); ... die Ausweitung der Maschinerie ... führt ... zu einer Entfremdung des Menschen von der Sachwelt, ... weil keine ... Sachordnung mehr da ist, die durch das Eigentum geprägt ist (S. 297)"; vgl. auch Kalschmid, S. 123.

Die Ehe kann heute durchaus ohne Eigentum gegründet werden¹⁾, Ehe und Familie können heute auch ohne nennenswertes Eigentum existieren und dennoch brauchen deren Mitglieder um ihre leibliche Zukunft nicht besorgt zu sein. Selbst ein eigener Haushalt, mag er auch als "organisierender Faktor der Familie"²⁾ bedeutsam sein, ist nicht lebensnotwendig³⁾. Abgesehen vom Bauern, dem selbstständigen Handwerker und einem kleineren Teil der Kaufleute, lebt der einzelne und seine Familie vom Arbeitslohn und von jenen Leistungen der öffentlichen Hand, deren man bedarf oder nach dem Stande der Zivilisation zu bedürfen meint⁴⁾, nicht aber vom Eigentum.

Die Vorstellung, das Eigentum sei das beste Mittel zur Daseinssicherung⁵⁾, erhält damit in unserer industriellen Wirtschaftsverfassung wirklichkeitsferne Züge⁶⁾, soweit diese Vorstellung allein den Eigentumsbegriff im Sinne des § 903 umfaßt⁷⁾. Zwar hat die objektive Bedeutung des Eigentums nicht völlig abgenommen. Denn das Eigentum ist auch heute zur Stärkung der Eigeninitiative und des Selbstbewußtseins noch geeignet, zur Aufgliederung der Verantwortungsbereiche noch in gewisser Weise notwendig und als Garant der Freiheit und der Würde des einzelnen noch erstrebenswert⁸⁾. Aus diesen Gründen erscheint beispielsweise auch die Forderung nach Eigentumbildung in Arbeitnehmerhand berechtigt. Doch ist der

1) Vgl. dazu z.B. Mead, Mann und Weib, S. 227 f.

2) Kaltschmid, S. 65, unter Hinweis auf König.

3) Vgl. z.B. die Studentenehen; in diesen Ehen finden sich die Ehegatten häufig mit einem Minimum an Eigentum und materieller Sicherheit in dergetrautem Sinne ab, ohne auf baldige Änderung ihrer Lage hoffen zu können; ähnlich auch König, Gehlen-Schelsky, S. 124.

4) H.J. Wolff I, § 3 III a; Gehlen, S. 168.

5) Als Beispiel für viele Werner Weber, Grundrechte, S. 331 ff.

6) Gehlen, S. 168, nennt das eine "Weiterverwendung vorindustrieller Begriffe, die nicht mehr stimmen"; ähnlich auch Preisner, S. 23.

7) Vgl. dazu den wesentlich weiteren Eigentumsbegriff in Art. 14 GG und § 1004 BGB; weiter auch der soziologische Eigentumsbegriff, Gehlen a.a.O.; Schumacher, ZHR 113, 166 ff (172) und der Eigentumsbegriff der phänomenologischen Schule, vgl. Schapp, Wert, Werk, Eigentum, Berlin 1932; dazu auch Westermann, § 28 I 1.

8) Dazu u.a. Höffner, Eigentumsstreuung, S. 84; Preisner, S. 23 ff; vgl. aber auch die oben wörtlich zitierte Ansicht Fr. G. Jünger, s.o. S. 40 Fußn. 4.

Bedeutungsschwund des Eigentums als stabilisierender Faktor in Familie und Ehe unverkennbar. Er findet seinen Ausdruck insbesondere in der niedrigen Einstufung, die das Eigentum bei der Antwort auf die Frage nach dem Sinn der Familie und den Grundvoraussetzungen der Ehe erfährt¹⁾.

Wenn dennoch auch in der Ehe das Interesse an Sachgütern ständig zunimmt, so stellt das nur einen scheinbaren Widerspruch dar:

In einer Gesellschaft, in der das Eigentum die lebensnotwendige Erwerbsgrundlage darstellte, war der Sachgüterbesitz des einzelnen und der Familie "normal" und daher auch nicht Gegenstand eines besonderen Renommees. In der heutigen Gesellschaft dagegen, in der das Eigentum, von einem Minimum an persönlichen Gegenständen abgesehen, für die Familie und Ehe an sich "überflüssig" geworden ist, verleiht ein möglichst demonstrativer Sachbesitz erhöhtes Prestige²⁾. So wird in einer Gesellschaft, die von sich aus keine Statussymbole mehr verleiht, die teure Einrichtung der Wohnung, die aufwendigen technischen Haushaltsgeräte, das Auto, das Eigenheim und selbst der Kleinaktienbesitz der Arbeitnehmer³⁾ zum modernen Statuszeichen. Das Streben wird auf den Erwerb dieser Güter gerichtet, häufig liegt hier das Antriebsmoment des Sparens, der Überstunden des Ehemannes und der Erwerbstätigkeit der Ehefrau. Das eigentliche Ziel ist jedoch nicht das Eigentum an diesen Gegenständen, viel entscheidender ist der Besitz. Denn der Besitz der Sache verleiht das soziale Prestige und die Gebrauchsvorteile, allein das momentane "Haben" wird als notwendig oder erstrebenswert erachtet.

So ist es heute beispielsweise dem einzelnen häufig gleichgültig, ob die den neuesten technischen Errungenschaften entsprechende Kücheneinrichtung selbst angeschafft und daher im traditionellen Sinne "erworben" ist, oder ob sie vom Vermieter zur Verfügung gestellt wird, wie es heute häufig in den Komfortwohnungen der Fall ist, in denen in aller Regel gerade die Mieter wohnen, die sich die Bezahlung dieser Gegenstände am ehe-

-
- 1) In einer EMNID-Umfrage (Nachweis s.u.S. 55 Fußn. 2) entschieden sich nur 1 % für den materiellen Besitz.
 - 2) De Man, S. 164, hält es geradezu für ein typisches Zeichen der heutigen Gesellschaft, eher "auf Dinge zu verzichten, die nach der bürgerlichen Auffassung lebensnotwendig sind, als auf gewisse Ausgaben, die als Luxus betrachtet werden".
 - 3) Vgl. Gehlen, S. 171.

sten "leisten" könnten. Auf dieser gewandelten Einstellung beruht auch das zunächst in den USA insbesondere von der Automobilindustrie recht erfolgreich praktizierte, neuerdings aber auch in der Bundesrepublik von den verschiedensten Industriezweigen angewandte System des "leasing"¹⁾. Danach wird dem Kunden - auch dem privaten Kunden - ein Gegenstand nicht mehr verkauft und übereignet, sondern gegen ein monatliches Entgelt für ein oder mehrere Jahre "vermietet"³⁾.

Nur so wird auch verständlich, warum Abzahlungsgeschäfte, die in der Regel mit einem Eigentumsvorbehalt verknüpft sind, in der Vorstellung des Konsumenten so unbedenklich erscheinen. Häufig gebietet nicht die Not ein derartiges Geschäftsverhalten - erst zu sparen, dann zu kaufen wäre ebenso möglich -, sondern der Wunsch nach dem sofortigen Besitz der Sache. Gerade die Angehörigen älterer Generationen stehen dem Abzahlungskauf noch skeptischer gegenüber und bezeichnen ihn häufig als ungesund. Es ist aber anzunehmen, daß diese Ablehnung weniger auf den Ansichten von einer gesunden Zahlungsweise beruht, sondern mehr in der überlieferten Auffassung vom Eigentum wurzelt, die aus einer Zeit stammt, in der dem Eigentum noch andere Funktionen zukamen und in der es unvorstellbar war, mit einem Sachgüterbesitz wie ein Eigentümer umzugehen, der einem nicht tatsächlich zu eigen war.

Der Käufer selbst langlebiger Güter weiß zudem, daß er nicht "für's Leben" anschafft⁴⁾, sondern daß er Gegenstände erwirbt, die funktional-technisch oder im Wandel der Mode rasch ver-

-
- 1) Nach einem Bericht der Wirtschaftsredaktion der FAZ vom 29.10.1967, S. 8, liegen die Jahresumsätze der deutschen Automobilhändler, die sich in größerem Umfang mit dem "Auto-leasing" befassen, bereits bei 200 Millionen DM.
 - 2) In der Bundesrepublik werden inzwischen nicht nur Autos, sondern auch andere kostspielige und langlebigere Konsumgüter wie elektr. Wasch- und Geschirrspülmaschinen, ja selbst Möbel im Wege des "leasing" in den Handel gebracht.
 - 3) Mit dem Problem, wie der Leasing-Nehmer als nur "wirtschaftlicher Eigentümer" zu besteuern ist, befaßt sich auf Grund von Referentenentwürfen zweier Bundesländer z.Zt. das Bundesfinanzministerium.
 - 4) Das erklärten z.B. auch die Aussteller auf der Deutschen Möbelmesse 1968 in einem Interview des WDR vom 23.1.1968.

alten und daher nach einiger Zeit durch neuere, noch modernere ersetzt werden. Die Wirtschaft fördert durch Werbung diese Konsumgewohnheiten, da sie im Stadium der Massenproduktion immer mehr darauf angewiesen ist, eine Sättigung des Marktes zu verhindern und die Nachfrage durch Weckung echter oder vermeintlicher Bedürfnisse und durch Verkürzung der Nutzungszeit der Gebrauchsgegenstände¹⁾ stets aufs Neue zu stimulieren²⁾. Die Folge der ständigen Erneuerung des Konsumbesitzes ist, daß die Frage nach dem Eigentum an diesen Gegenständen für den Konsumenten auch aus diesem Grunde kaum noch so recht akut wird.

Der verheiratete Käufer, der zumindest solange er anschafft, trotz Entkonfessionalisierung der Ehe und Abbaus des Dogmas von der Unauflösbarkeit der Ehe, an eine lebenslange Ehe glauben wird, weiß außerdem, daß die meisten von ihm erworbenen Gegenstände, sollten sie den Tod eines Ehegatten tatsächlich überdauern, nur noch für den überlebenden Ehepartner zur Fortführung des gewohnten Lebensstils bedeutsam bleiben, für die Nachkommen dagegen in aller Regel uninteressant geworden sind. Denn die Abkömmlinge haben meistens schon früh, häufig Jahrzehnte vor Auflösung des elterlichen Haushalts, eigene Familien und Hausstände mit eigenem Mobiliar etc. gegründet und sind daher auf das inzwischen veraltete Konsumeigentum der Eltern kaum mehr angewiesen, noch daran interessiert³⁾. Das wird in Zukunft im gewissen Umfange selbst für Eigenheime gelten, die heute ebenfalls bereits zum Konsumeigentum im weiteren Sinne zu rechnen sind⁴⁾ und bereits nach vier bis fünf

-
- 1) Zu Unrecht ist die Frauenenquôte, S. 24, der Ansicht, daß eine Verkürzung der Nutzungszeit für die Wirtschaft und den gesamten Wirtschaftskreislauf uninteressant sei, da in einer Zeit, in der die Bedürfnisse einer großen Zahl der Menschen noch nicht befriedigt sei, das Gefälle zwischen empfundenen und befriedigten Bedürfnissen den Wirtschaftskreislauf genügend anregen würde.
 - 2) Z.B. Schelsky, Einleitung zu Riesman, S. 13: "Das Konsumpotential einer Gesellschaft wird ... wichtiger als etwa das Rohstoff-, Bevölkerungs- und Arbeitspotential"; nach Gehlen, Seele im technischen Zeitalter, S. 80, tendiert das industrielle System dazu, "das Recht auf den Verzicht auf Wohlleben unmöglich zu machen, in dem es die Konsumbedürfnisse selbst produziert und automatisiert" usw.
 - 3) Vgl. auch Mead, Mann und Weib, S. 227 f.
 - 4) Preller, S. 11.

Nutzungsjahrzehnten veraltet und häufig auch unbrauchbar geworden sein werden¹⁾. Auch für die Nachkommen wird daher in der Regel kein Eigentum mehr erworben. Ein wichtiges Motiv für Anschaffungen in früheren Generationen ist damit entfallen²⁾.

Die Ehepartner werden - solange sie an der Ehe festhalten wollen - es überdies als ihre selbstverständliche Pflicht empfinden, sich gegenseitig den Mitgebrauch an den eingebrachten und neuerworbenen Gegenständen zu gestatten. Auf Grund der Bereitschaft zu einer lebenslangen Ehegemeinschaft wird der einzelne Ehegatte daher ein Recht des Partners auf Mitgebrauch stillschweigend anerkennen. Da dieses Recht ehebedingt ist und daher unabhängig vom Eigentum besteht und anerkannt wird, sind auch insoweit die Eigentumsverhältnisse für den einzelnen Ehegatten praktisch bedeutungslos geworden.

Familie und Ehe sind daher keine überwiegend ökonomischen Gemeinschaften mehr und trotz eines allgemeinen und lebhaften Interesses am Sachbesitz, von dem auch das Konsumverhalten der Ehepartner nachhaltig beeinflußt wird, sind daher auch die Eigentumsverhältnisse in der Ehe nur noch von untergeordneter Bedeutung. Der einzelne Ehegatte wird daher aus wirtschaftlichen Gründen keine zwingende Veranlassung mehr sehen, in Abweichung von der normalen und natürlichen Ichbezogenheit, sich beim Eigentumserwerb als Sozialwesen zu fühlen und für den Ehepartner mitzuwerben³⁾. Hinzu kommt, daß er die Nachteile, die aus einer dinglichen Trennung des Eigentums für den Ehepartner erwachsen können, nicht kennen wird. Aber selbst wenn er sie kennt, wird er dieses Wissen mit einiger Sicherheit verdrängen und in aller Regel davon ausgehen, daß

- 1) Darauf beruht die zunehmende Ausbreitung des Fertighauses, dessen Nutzungszeit vom Hersteller von vornherein grundsätzlich auf nicht mehr als 50 Jahre veranschlagt wird.
- 2) Damit erfährt auch die so angefeindete erbrechtliche Regelung des § 1371 ihre Rechtfertigung (de lege ferenda wird zu überlegen sein, ob das an die frühere Großfamilie anknüpfende gesetzliche Erbrecht überhaupt noch gerechtfertigt ist und nicht auf einen engen Kreis naher Verwandte zu limitieren ist).
- 3) Vgl. dazu auch die Untersuchung der englischen Royal Commission on Marriage and Divorce, §§ 650 ff, nach der eine Vergemeinschaftung des Eigentums in der Ehe abzulehnen ist, da Mit-eigentum dem normalen Wunsche des einzelnen, auch in der Ehegemeinschaft selbständiges Eigentum zu erwerben, nicht entspreche, vgl. dazu auch Hanisch, S. 107.

für ihn diese Nachteile, die ja meist ein Scheitern der Ehe oder eine finanzielle Notzeit voraussetzen, nie aktuell werden¹⁾.

An Hand des wirtschaftlich Notwendigen oder Sinnvollen wird sich daher der typische Wille der Ehegatten hinsichtlich der ehelichen Eigentumsverteilung heute nicht mehr in erster Linie orientieren.

2. Der den persönlichen Verhältnissen der Ehegatten entsprechende typische Wille

Da Familie und Ehe keine ökonomische Gemeinschaft mehr ist, in der dem Sachgüterbesitz eine lebenswichtige Rolle zukommt, und in der die wirtschaftlichen Aufgaben im Vordergrund stehen, ist es wahrscheinlich, daß nunmehr statt der Daseinssicherung die persönlichkeitsbezogenen Aufgaben vorrangig geworden sind. Denn wenn nicht anstelle der überkommenen Aufgaben andere Aufgaben getreten wären, wäre es nicht verständlich, wieso die Bereitschaft zum Eheschluß unter den jungen Menschen heute eher zu- als abgenommen hat²⁾. Da aber die Familie und Ehe ihre institutionellen Aufgaben bis auf unwesentliche Überbleibsel verloren haben, müssen die neuen vorrangigen Aufgaben im persönlichen Bereich liegen. Dann aber wird heute aller Wahrscheinlichkeit nach auch die Art der persönlichen Beziehungen der Ehegatten der entscheidende Orientierungspunkt für einen auf die eheliche Eigentumsverteilung bezogenen typischen Willen der Ehegatten sein, es sei denn, daß die Betonung des Persönlichen in der Ehe derart stark wird, daß die ehelichen Eigentumsverhältnisse völlig irrelevant werden. So wird der typische Wille im Zweifel dann auf eine dingliche Vergemeinschaftung gerichtet sein, wenn die Ehegatten ihre Ehe als allumfassende persönliche Schicksalsgemeinschaft verstehen, in der sie bis an die Grenzen ihrer Eigenpersönlichkeit aufzugehen bereit

1) Wenn Erman-Partnolomeyczik, § 1371, 4, darauf hinweisen, daß "gerade sorgsame Ehegatten, wenn auch entfernt, mit der Möglichkeit rechnen, daß die Ehe anders als durch Tod beendet wird", so ist dem zu entgegnen, daß diese sorgsamen Ehegatten kaum zu den durchschnittlichen Ehegatten zu rechnen sind.

2) S.u.S. 53.

sind. Dagegen wird in einer Ehe, deren Sinn von den Ehegatten darin gesehen wird, dem einzelnen Raum und Zeit zur Entfaltung der persönlichen Eigenart zu geben, ein auf die konkreten Eigentumsverhältnisse gerichteter typischer Wille im Zweifel auch im Eigentumsbereich der Ehe auf eine Individualsphäre abzielen.

Damit würde sich für die heutige Familien- und Ehwirklichkeit die Richtigkeit jener alten¹⁾ aber auch heute noch erhobenen²⁾ Forderung erweisen, daß in der Ehe die persönlichen und dinglichen Verhältnisse der Ehegatten sich möglichst weitgehend entsprechen sollten.

Eine derartige Übereinstimmung zwischen beiden Bereichen gab es im gewissen Umfang bereits in jenen Zeiten, in denen die Familie noch nahezu alleiniger Träger der Bedürfnisdeckung und in denen das Eigentum der wichtigste Garant der sozialen Sicherheit war und daher das wirtschaftlich Notwendige oder Sinnvolle noch im Vordergrund der Eigentumsverteilung in der Familie und Ehe stand. Denn der Arbeitsbereich und mit ihm der Sachgüterbesitz war mit dem Familien- und Eheleben verschmolzen, eine Trennung zwischen beruflich und privat gab es kaum³⁾ und daher war eine Kongruenz zwischen den persönlichen und dinglichen Verhältnissen normal. Der Weg zu dieser Deckungsgleichheit wird sich heute allerdings nicht immer genau nachzeichnen lassen. Insbesondere wird häufig nicht mehr genau zu unterscheiden sein, ob nun die äußere wirtschaftliche Situation die persönlichen Beziehungen und gleichzeitig die dinglichen Verhältnisse bzw. den auf die dinglichen Verhältnisse bezogenen Willen unmittelbar beeinflusste, oder ob von dorthin zunächst nur die dinglichen Verhältnisse und der auf sie bezogene Wille und erst auf diesem Umweg auch die persön-

1) Vgl. lex Burg., tit. C (Einleitungssatz auf S. 1 der vorliegenden Untersuchung.

2) Vgl. z.B. Bosch, FamRZ 54, 149 ff (z.B. 152 und 154); Schwab in Ehe und Familienrecht, S. 59; Alebrand, FamRZ 55, 349; Enneccerus-Kipp-Wolff, Familienrecht, § 41 II 1; Ulmer, FamRZ 58, 251.

3) Vgl. z.B. Schelsky, Bedeutung des Berufs, S. 37; Kaltschmid, S. 60.

lichen Beziehungen entsprechend beeinflußt wurden, oder ob im Einzelfall bereits einmal die von der äußeren Situation unmittelbar abhängigen persönlichen Beziehungen ihrerseits den auf die Eigentumsverhältnisse bezogenen Willen und damit die Eigentumsverhältnisse selbst mitzugestalten vermochten. Doch ist das Ergebnis dieser Einflüsse, Abhängigkeiten und Wechselbeziehungen, die häufig weitgehende Übereinstimmung zwischen beiden Bereichen, offenkundig. Der Satz von der Deckungsgleichheit zwischen persönlichem und dinglichem Bereich verweist damit weder auf einen unwirklichen Idealtyp der Familie und Ehe noch gewinnt er erst in der Gegenwart seine Berechtigung. Er zeigt vielmehr auf eine ganz natürliche, in aller Regel vom Willen der Ehegatten getragene Entwicklung hin, die sich häufig selbst von einem entgegenstehenden zwingenden Gesetz auf die Dauer nicht hindern läßt. Dieser Satz ist Ausdruck einer allgemeingültigen Entwicklung, die nicht nur in einer bäuerlichen Wirtschaftsordnung zu beobachten ist, in der die Familie nahezu alleiniger Träger der Bedürfnisdeckung und in der das Eigentum die bedeutendste Quelle des Unterhalts ist, sondern sich mehr oder weniger deutlich auch in jeder anderen Wirtschaftsordnung zeigen wird.

Es ist daher gerechtfertigt, in einer hauptsächlich durch ihre im persönlichen Bereich liegenden Aufgaben bestimmten Familie und Ehe den typischen Willen der Ehegatten hinsichtlich der ehelichen Eigentumsverteilung aus dem Charakter der persönlichen Beziehungen der Ehegatten abzuleiten.

Die persönlichen Aufgaben der Familie und Ehe und damit der Charakter der persönlichen Beziehungen der Ehegatten untereinander werden aber erst deutlich, wenn man die Stellung des einzelnen Menschen in der Gesellschaft und seine Einstellung zur Familie und Ehe kennt.

a) Die Ehe der Gegenwart als partnerschaftliche Intimgruppe

Der Verlust institutioneller Funktionen durch die Familie und Ehe hat die Bereitschaft zur Gründung neuer Familien nicht verringert. Das ist verständlich, da die Familie durch Zunahme anderer, sog. Persönlichkeits- und Ausgleichsaufgaben eine

erhebliche Aufwertung erfahren hat¹⁾.

Der einzelne lebt heute nicht mehr "wie in der alten Gesellschaft" in einer Welt, in der die Traditionslenkung des einzelnen die Verhaltenskonformität aller Menschen garantiert²⁾ und der Glauben an eine von oben eingesetzte Herrschaftsordnung ihm das Empfinden seiner Sicherheit und Geborgenheit vermittelt³⁾. Er lebt in einer Gesellschaft, in der die gleichartigen Einwirkungen auf alle, gekoppelt mit dem Zwang zur Rücksicht aufeinander, eine weitgehende Identität der Reaktionen aller hervorruft⁴⁾ und in der die Vielzahl einzelner Menschen in einer allumfassenden Schicksalsgemeinschaft gebunden wird. Er ist dem steten Zwang des "man tut, denkt, fühlt das und unterläßt jenes" ausgesetzt und daher insoweit wesentlich unfreier denn je.

Soll er nicht den Makel des Außenseiters tragen, muß er sich schon früh den Verhaltensformen der Allgemeinheit anpassen. Der Familie kommt dabei die Aufgabe zu, diesen Anpassungsprozeß schon früh einzuleiten, indem sie dem jungen Menschen erste Kenntnisse der gesellschaftlichen Verhältnisse und deren Gesetzmäßigkeit vermittelt und Verhaltensmaßregeln für

-
- 1) Deshalb läßt sich mit weniger Berechtigung vom Funktionsverlust (wie es meist getan wird) als von Funktionsverlagerung sprechen; so auch Schmucker, Die ökonomische Lage, S. 1 Fußn. 1.
 - 2) So Riesman, S. 27 ff, der diesen Menschentyp daher im Gegensatz zum innengeleiteten Menschen einer Übergangsepoche (S. 31 ff, 120 ff) und außengeleiteten Menschen des Massenzeitalters (S. 35 ff) als traditionsgeleitet bezeichnet.
 - 3) Auch fühlt er sich häufig nicht mehr dem Gewissen als obersten Zensor des eigenen Handelns verantwortlich. Er empfindet sich vielfach als Teil einer Gesellschaft, der keine höherrangigen Werte und Ordnungen mehr innewohnen scheinen (vgl. u.a. Wolf-Lüke-Hax, S. 183 m.w.N.), in der häufig nur noch ein "soziales Gewissen" zu Hause ist und in der meistens das "gut sein heißt wie der andere sein" (Schelsky, Einleitung zu Riesman, S. 12) als oberste moralische Grundregel anerkannt wird.
 - 4) Vgl. De Man, S. 45.

das Leben in der Allgemeinheit gibt. Sie wirkt damit bei der Bildung der sozial-kulturellen Persönlichkeit mit¹⁾ und kann auf diesem Wege sehr begrenzt die Gesellschaft selbst wieder mitbeeinflussen. Diese Erziehungsaufgaben haben der Familie zwar im geringen Maße schon seit jenen Stadien der Menschheitsgeschichte oblegen, in denen der einzelne begann, den Horizont seiner Vorstellungswelt über die engen Grenzen seiner eigenen Familie und Sippe auszuweiten, doch sind diese Aufgaben durch die moderne Gesellschaft um ein Vielfaches intensiviert worden.

Je vollkommener die Familie aber nun diesen Erziehungsaufgaben nachzukommen vermag und je bereitwilliger der einzelne jene dem modernen Menschen eigene und an Selbstaufgabe grenzende Fähigkeit zur Anpassung entwickelt und bei seiner eigenen gesellschaftlichen Eingliederung praktiziert, um so größer wird die Gefahr seiner Vereinsamung, seiner Ohnmacht und Angst sein²⁾. Denn nachdem die festgefügte Ordnung der alten Mehrgenerationen-Familie bereits längst zerbrochen ist, der

-
- 1) Die sog. Sozialisation oder Personalisation, Schmucker, Die ökonomische Lage, S. 3; vgl. auch König, Materialien, S. 21 und 63; Dölle, Lehrbuch, S. 19; Gernhuber, Lehrbuch, § 1 I.
 - 2) Dabei ist **Vereinsamung** als das Komplement der Massenhaftigkeit des Daseins (vgl. Markmann, S. 286) zu verstehen, da sich der gleiche Vorgang, der sich individuell als Vereinzelung und Vereinsamung darstellt, sich sozial als Vermassung äußert (vgl. Rüstow, S. 139 und 141); wohl nirgends ist heute das Gefühl der Einsamkeit stärker, als wenn der einzelne Mensch in einer großen Stadt unter vielen Menschen allein gelassen wird; Kaltschmid, S. 117, weist in diesem Zusammenhang auf den geradezu symptomatischen Titel von Riesmans Buch "The Lonely Crowd" hin, der sinngemäß auch mit "Die in der Masse Einsamen" übersetzt werden könnte; vgl. auch Oberndorfer, Von der Einsamkeit des Menschen in der modernen amerikanischen Gesellschaft; **Angst** ist insoweit als Beklemmung angesichts einer evident gewordenen Ausweglosigkeit oder, wie G. Bennis es in seinem Vorwort zur deutschen Ausgabe W.H. Audens "The Age of Anxiety" interpretiert, als "fundamentale Melancholie vor der panischen Leere und Zerrissenheit des modernen Menschen" zu verstehen; vgl. auch De Man, S. 104 und 171, Das Zeitalter der Angst.

er sich in vergangenen Zeiten als selbstverständliches Glied in der Kette der Arterhaltung stets zugehörig fühlen konnte, wird ihm nunmehr durch seine Eingliederung in die zweckvollen Schematismen der modernen Gesellschaft und deren durchorganisierte Gemeinschaften auch die elterliche Rumpffamilie fremd. In den Bewegungen der Gesellschaft aber, die er zunächst zu verstehen und mitzubeeinflussen meinte, erkennt er schon bald statt einer Richtung nur einen Dschungel undurchschaubarer Impulse, dem er sich, der alten Wegzeichen und sicheren Ziele beraubt, desorientiert und schutzlos preisgegeben weiß¹⁾.

Gleichzeitig drängen sich ihm auch Zweifel an den zunächst als große Fortschritte gepriesenen Errungenschaften der Zivilisation und insbesondere auch an dem humanistischen Sinn und den tatsächlichen Möglichkeiten einer wissenschaftlichen Bewältigung des Naturgeschehens auf. Sein Gefühl der Technik gegenüber wird ambivalent. Naturwissenschaftliche Hybris wird in ihm nun von der Furcht desjenigen verdrängt, der die Geister zwar zu rufen versteht, nicht aber zu beschwören vermag.

Der Mensch lebt daher - wie es ein großes Thema der modernen Literatur beschreibt - heute mehr denn je in einer Welt, in der trotz einer Vielzahl an Ereignissen "nichts wirklich mehr geschieht"²⁾. Er lebt im "Exil" und hofft auf das

1) Vgl. dazu auch Wolf in Wolf-Lüke-Hax, S. 192 ff und Blöcker, S. 8 ff.

2) Vgl. u.a. zum Beispiel die Romane Michel Butor's (z.B. *Passage de Milan*, Paris 1954 oder *Mobile*, Reisebuch, Paris 1962): in ihnen werden nicht in der Konvention des alten Romans Schicksale einzelner "Helden" als beispielhaft ausgewählt und beschrieben; angesichts eines kollektiven Schicksals werden die Figuren in einem kollektiven Rahmen belassen; alles spielt sich in einem fließenden Zueinander ab und es bestehen unbewusste Entsprechungen von einer Handlung zur anderen, von einem Ort zum anderen und bilden so ein Ganzes, auch wenn die einzelnen Menschen selbst nichts oder nur wenig voneinander wissen ("so ertönen an diesem Abend unaufhörlich die metallischen Klänge in den übereinanderliegenden Küchen, und ihre Noten folgen aufeinander, als ob sie zum gleichen Instrument gehörten, doch niemand im Hause kann die Melodie im ganzen vernehmen", *Passage de Milan*); daraus entstehen dann Romane, in denen es scheint, als geschähe etwas, in denen tatsächlich aber "nichts wirklich geschieht"; vgl. dazu auch Nathalie Sarraute, *L'Ere du soupçon*, Essais, Paris 1956.

"Reich"¹⁾, in dem es sich zu leben lohnt und in dem das Leben seinen Sinn erhält. Solange ihm dieses Reich aber unerreichbar erscheint, sehnt er sich nach einer Zufluchtstätte im Kleinen, die ihm nicht nur die trügerische Sicherheit überlebter Normen und Ideale, sondern der heutigen Wirklichkeit standhaltende Festpunkte zu geben vermag und in der ihm das Gefühl der Geborgenheit und des persönlichen Eigenwerts gegeben wird. Die Suche danach wird er um so intensiver betreiben, um so mehr ihm der Umfang der neuerworbenen Freizeit zum großen seelischen Problem wird²⁾.

Ihm selbst aber wird in aller Regel die Kraft fehlen, aus sich heraus, allein mit sich, eine derartige "Zufluchtstätte vor dem Äußeren"³⁾ zu schaffen. Aber auch eine Reihe von Institutionen und Gemeinschaften, die ihm früher das Gefühl der Geborgenheit geben konnten, haben insoweit ihre Bedeutung verloren.

So wird beispielsweise die Kirche diese Aufgabe nur selten noch erfüllen können⁴⁾. Auch sonstige weltanschauliche oder politische Ideen und Gemeinschaften, für die der einzelne im neunzehnten und zum Teil auch noch in der ersten Hälfte

1) Stellvertretend steht hier der Titel der Erzählungssammlung von Albert Camus, *L'Exil et le Royaume*, Paris 1957.

2) Vgl. z.B. Pirker, *Drei Tage Arbeit - vier Tage Freizeit*, in *Die Gesellschaft der nächsten Generation*.

3) S.u. S. 56 Fußn. 1.

4) Wenn auch die Berechtigung des Wortes von der zukünftigen religionslosen Gesellschaft sehr zweifelhaft ist, so läßt doch die wissenschaftliche Denkweise der modernen Zivilisation, der sich die Kirchen in ihren überkommenen, ehedem Furcht, Bewunderung und Hoffnung erweckenden Formen noch weitgehend nicht angepaßt haben, die heutige Kirchenpraxis unglaublich und für den einzelnen unattraktiv erscheinen und hat damit eine weitgehende Profanierung der Gesellschaft zur Folge gehabt. So groß gerade heute die Bedeutung der Religion als Entlastungsfunktion auch sein könnte, der einzelne weiß sich der Aufmerksamkeit und Anteilnahme Gottes nicht mehr so sicher und wird daher kaum noch im Glauben Sicherheit und Ruhe finden können.

des zwanzigsten Jahrhunderts Begeisterung empfand und die ihm zum Lebensinhalt werden konnten, sind ihm - zumindest in der heutigen westlichen Welt - weitgehend fremd geworden.

In einer Gesellschaft der Gleichen, in der aus Gleichheit häufig auch Gleichgültigkeit gegenüber dem anderen, dem Nachbarn, dem Berufskollegen geworden ist, verliert er das Gefühl seiner Gruppenanonymität auch nicht in Haus-, Dorf- und Berufsgemeinschaften, deren zwischenmenschliche Beziehungen ihm in früheren Zeiten das Empfinden der selbstverständlichen Zugehörigkeit, der individuellen Anerkennung und das Bewußtsein des Mitgefühls an seinem persönlichen Schicksal, seinen großen und kleinen Freuden und Nöten geben konnten.

Aber auch eine auf mittelbarem Erleben beruhende Reihe "stellvertretender Erlebnisse"¹⁾, in die er häufig flüchtet, wie der Konsum von Film, Fernsehen und Zeitschriften oder die passive Teilnahme am Sport beispielsweise, wird von ihm meist schnell als unzureichender Ersatz erkannt. Auch die Versuche meist jüngerer Menschen, in Massenbewegungen Idole zu Vorbildern zu erheben, Modeerscheinungen zu neuen Lebensinhalten zu machen oder politische oder soziale Ziele gegen die althergebrachte Ordnung durchzusetzen, bringen nur kurzzeitige Ablenkung.

Der einzelne findet das ersehnte Geborgensein ganz überwiegend nur noch in der Begegnung mit dem Geschlechtspartner, die er in der Hoffnung, ihr damit Dauer und Festigkeit zu verleihen, durch den Eheschluß legitimiert und der er durch eine gemeinsame Wohnung, dem Heim, einen äußeren Rahmen gibt.

Nur so wird verständlich, daß sich das Verhältnis von verheirateten zu ledigen Menschen nicht zugunsten der ledigen verschoben hat und weiter verschiebt, sondern daß die Jugendlichen in immer stärkerem Maße zur Ehe drängen²⁾. Zwar mag auch

1) Vgl. De Man, S. 99 f.

2) Von den heutigen 18jährigen Frauen werden daher im Alter von 25 Jahren bereits 75 % verheiratet sein (Statistisches Bundesamt nach Auswertung der Heiratsstatistik 1960/1962; zum ähnlichen Ergebnis gelangt auch die Frauenenquete in Anhangtabelle und Schaubild "Familie" 28, S. 340).

das erhöhte Ansehen, daß man auch heute noch der verheirateten und selbst der verwitweten oder geschiedenen Frau¹⁾ entgegenbringt, für viele Frauen mitbestimmend sein, sich zu verheiraten. Auch wird in einer größeren Zahl der Ehen eine voreheliche Schwangerschaft letzte Ursache des Eheschlusses sein. Damit allein aber die hohe Heiratsquote zu erklären, erscheint zu einseitig. Angesichts einer gewissen Auflockerung tradierter moralischer Auffassungen vom Zusammenleben der Geschlechter, die durch die zunehmende Verbreitung antikonzeptioneller Mittel sich in Zukunft eher noch beschleunigen als verringern wird, erscheint es auch nicht gerechtfertigt, den Grund der hohen Ehebereitschaft junger Menschen in einer irregeleiteten Flucht ins Geschlechtliche oder in einer gesellschaftlichen Sanktionierung sexueller Beziehungen durch den Eheschluß zu sehen. Der Vorwurf, die jungen Ehen seien überwiegend zu rein sexuellen Verbindungen degradiert, geht daher an der Wirklichkeit vorbei. Vielmehr ist es der Wunsch des einzelnen, der auch als "reduzierter Mensch" nicht ohne Glauben, Träume und einen individuellen Restbereich leben kann, in der neugegründeten Ehe Schutz gegen die Gefahr seiner völligen Verstaatlichung²⁾, Raum und Zeit zur Pflege individueller Eigenart und die Wärme zwischenmenschlicher Beziehungen zu finden.

Damit ist die Familie und Ehe immer privater, die Arbeits- und Organisationswelt immer öffentlicher geworden³⁾. Aus der Ehe früherer Zeiten, die ihren Ausdruck u.a. in Standes-, Besitz- und sog. Vernunftsehen oder in sog. Einheiratungen und in ihrem gegenständlichen Bereich häufig ihre Haltbarkeit und auch ihren tieferen Sinn gefunden hat, ist die viel zerbrechlichere "gefühlsgestützte" Ehe geworden, der ein gegenständlicher Bereich allenfalls noch als äußeres "Gehäuse" für die in zunehmenden Maße sensibilisierte Personenbeziehung be-

1) Vgl. Frauenenquete, S. 259 ff(262 ff).

2) Theodor Heuss am 26. April 1956 (in einer bei Schmucker, Die ökonomische Lage, S. 2, zitierten Rede): "... die menschliche Reserve gegen die völlige Verstaatlichung und die reine Verberuflichung, gegen seine Verameisung, die auch seine Vereinsamung werden kann".

3) Schelsky, Schule und Erziehung, S. 33.

deutsam ist¹⁾. In ihr nehmen die Nachkommen nicht mehr wie früher die beherrschende Zentralstellung ein²⁾, vielmehr stehen die Ehepartner selbst mehr denn je im Vordergrund. Aus der patriarchalischen Ehe ist die demokratische Ehe geworden, in der die Gewalten nivelliert sind und an die Stelle überkommener Über-Unterordnung das freiwillige Zusammenwirken gleichberechtigter Einzelpersönlichkeiten getreten ist³⁾. Das überpersonale Ordnungsgebilde "Familie" hat sich damit in selbständige Gattenfamilien⁴⁾, in mehrere "Intim-

1) So auch Schelsky, Wandlungen, S. 188.

2) Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 41; dazu EMNID-Umfrage (Nachweis bei Fröhner-Stackelberg-Eser, Tabelle 73), nach der nur 24 % der Familien im Kind und in der Kindererziehung den Sinn der Familie sahen, 62 % in der guten Lebensgemeinschaft und 1 % in der Erhaltung des materiellen Besitzes; ähnlich auch Tabelle 86 a.a.O., Frage nach der ersten Grundbedingung der Ehe: es antworteten 1 % mit dem Wunsch nach Kindern, dagegen 83 % mit Vertrauen, Liebe, Treue, Achtung. Erste Ansätze einer sich wandelnden Auffassung sind auch in der kirchlichen Haltung unverkennbar; so stellt auch die katholische Kirche die Fortpflanzung nicht mehr wie ehemals einseitig in den Vordergrund der Ehe; in Schema 13 des 3. Vatikanischen Konzils z.B. ist die Unterscheidung zwischen finis primarius (das Kind als erstem Zweck des Lebens, vgl. Kanon 1013 des Codex Juris Canonici) und finis secundarius aufgehoben; von den Kardinälen Suenens und Léger wurde dieser Text noch als zu unklar bezeichnet, sie forderten eine noch stärkere Betonung der Ehe als Lebens- und Liebesgemeinschaft; Textabdruck in FAZ vom 30.9. 1965; vgl. Höffner, Ehe und Familie, S. 35; ähnliches auch schon Reichensberger, Die Agrarfrage, Trier 1847, S. 257. In der evangelischen Theologie reicht die Skala von der Einstellung Luthers einerseits bis Barth, Dogmatik, III, 4 (1955), S. 155, andererseits, der die Ehe als exemplarische Begegnung der Geschlechter bezeichnet; anders wohl Wurzbacher in Grundlagen, S. 92; ders., Leitbilder, S. 175 ff: Über die Zentralstellung der Kinder; kritisch auch König, Gehlen-Schelsky, S. 125; ablehnend z.B. Michel, S. 181 ff u.a.m.

3) Dille, Lehrbuch, S. 20; Wurzbacher, Leitbilder, S. 114 ff; Plathner, insbesondere S. 40 ff.

4) Margeret Mead, Mann und Weib, S. 226 ff, weist für die amerikanische Gesellschaft nach, daß das junge Ehepaar sich bewußt dem elterlichen Einfluß zu entziehen sucht, auch wenn die Selbständigkeit häufig mit einem Verzicht auf finanzielle Unterstützung erkaufte werden muß; weiterhin, daß das "vorherrschende amerikanische Ideal es eher den Kindern (in ihrer Ehe) gestattet, sich gegen den Lebensstil der Eltern aufzulehnen, als den Eltern, sich um den (ehelichen) Lebensstil der Kinder zu kümmern".

gruppen" ¹⁾ zerlegt. Da die einzelne Intimgruppe ihre Bedeutung gerade dadurch erhält und unter anderem gerade deshalb von den Ehegatten geschlossen wird, um dem einzelnen Ehegatten die individuelle Freiheit zu gewähren und zu erhalten, die zu erlangen ihm in der allem Individuellen gegenüber feindlichen Eheumwelt überwiegend die Kraft fehlen wird, verlangt die eheliche Lebensgemeinschaft gerade heute nicht die "gegenseitige geistig-seelische Absorption" ²⁾. Nur durch Toleranz und Duldsamkeit ³⁾ des einen Ehegatten auch gegenüber dem anderen Ehegatten, durch Rücksicht auf die Freiheit des Ehepartners auch im innersten persönlichen Ehebereich, kann die Ehe den sich ihr heute stellenden Aufgaben gerecht werden. Familie und Ehe sind daher zur Partnerschaftsgemeinschaft ⁴⁾ mit individuellem Charakter nach innen und außen geworden ⁵⁾. Der Individualismus stellt zwar gleichzeitig auch

-
- 1) Müller-Friedenfelds, Ehe und Recht, S. 41, spricht von: "Intim-Gruppe, Zufluchtsstätte vor dem Äußeren, Asyl der Privatfreiheit, sozialer Igelstellung"; Dölle, Lehrbuch, S. 19, und Schelsky, Wandlungen, S. 19, und Häring, S. 446: "Verinnerlichung" (Schelsky verwendet diesen Ausdruck bewußt im Gegensatz zur Intimität einer "intimate-face-to face relation" der Gesellungsformen Familie, Sippe, Nachbarschaft und Gemeinde, wie sie Cooley beschreibt); König, Materialien, u.a. S. 77: "erhöhte Intimität, Intensivierung des Lebens nach Innen"; Ähnlich u.a. auch Kaltschmid, S. 62 ff; zu Unrecht anders z.B. Hedwig Herrmann, S. 9, die aus dem Anstieg der außerhäuslichen Tätigkeit der Frau auf eine Abnahme der Verinnerlichung des Familienlebens schließen will, vgl. auch Löffler, S. 31; im Rahmen dieser Verinnerlichung finden auch die der Familie noch verbliebenen institutionellen Restbereiche ihre Bedeutung; es ist insoweit Schelsky, Wandlungen, S. 21 f, Recht zu geben, wenn er sagt, daß gerade die institutionelle Restfunktionen häufig die Träger der Verinnerlichung sind.
 - 2) So auch Knut W. Nörr, JZ 66, 549, insbesondere im Hinblick auf die religiösen Überzeugungen der Ehegatten.
 - 3) BGHZ 39, 329.
 - 4) Nicht zu verwechseln mit der "Kameradschaftsehe", die entgegen der Erwartung der ersten Jahrzehnte unseres Jahrhunderts nicht entstanden ist; vgl. Schelsky, Wandlungen, S. 12.
 - 5) So u.a. auch Kaltschmidt, S. 65; Schelsky, Wandlungen, S. 17 ff.

eine ernsthafte Bedrohung der Familie und Ehe dar¹⁾, gibt ihr aber gleichzeitig ihren eigentlichen Sinn. Der einzelne Ehegatte kann hier im wechselseitigen Austausch mit dem Ehepartner und im Sinne des "wo ich dein bin, bin ich ganz erst mein" sich selbst finden und erkennen. Aus dem "Ich und Du im Wir" der gruppenhaften Familiensolidarität ist damit das "Ich in Dir und Du in mir"²⁾ der individuellen Paargemeinschaft geworden³⁾.

Der einzelne wird damit Teil einer Verbindung, die ihn nicht zu einer Einheit mit dem Ehepartner verschmelzen läßt und auch nicht die Kraft haben soll, ihn zur Außenwelt hin abzukapseln, sondern ihn in ihrem Bereich lediglich gegen die Regeln und den Zwang der Außenwelt abschirmt und ihm auch gegenüber dem Ehepartner in dem Maße Raum und Gelegenheit zur Entfaltung der individuellen Eigenart gibt, soweit damit nicht die Bildung des Zusammenschlusses selbst wieder zersprengt wird.

-
- 1) Vgl. z.B. auch König, Gehlen-Schelsky, S. 138; diese, wie auch andere Gefahren für die moderne Erscheinungsform der Familie und Ehe sind im Rahmen der vorliegenden Untersuchung weniger interessant; so z.B. die Gefahr für den Fortbestand der Klein- oder Gattenfamilie durch Ausfall eines ihrer Mitglieder (Tod, Scheidung und dergl.), oder die Unsicherheit der Ehegatten in der Partnerschaftsehe (Kaltschmid, S. 67), oder die sozialen Gegenstrukturen in der Gesellschaft und der Familie (Schelsky, Schule und Erziehung, S. 33), oder die drohende Überlastung der Intimgruppe (Schelsky, Wandlungen, S. 352).
- 2) Geiger, Gestalten der Gesellung, S. 28 ff.
- 3) Wolf in Wolf-Lüke-Hax, S. 184, Fußn. 25 a m.w.N., weist auf eine vergleichbare Entwicklung in der römischen Geschichte hin; so hatte die mythisch verwobene, priesterlich geleitete Herrschaftsordnung die ihr gemäße Ehe (patria potestas, der Ehemann konnte seine Frau verstoßen, töten etc.), die sich entsprechend änderte, als die Ordnung ihren priesterlich-autoritären Charakter verlor und es zu einer schrittweisen Säkularisierung, Demokratisierung und Individualisierung, gleichzeitig aber auch zu einer gewissen Vermassung kam (gewaltfreie Ehe, eherechtliche Gleichberechtigung etc.).

b) Der typische Wille in der partnerschaftlichen Intimgruppe

aa) Der grundsätzlich auf eine sachenrechtliche Trennung gerichtete Wille

Gleichgültig, ob die einzelne Ehe heute ihren Aufgaben tatsächlich mehr oder weniger gerecht und damit zur Intimgruppe wird, oder ob sie scheitert, weil sich die Ehegatten in ihr nicht wirklich begegnen und die Ehe damit zu einer "Schienenehe" degradiert wird, entspricht dem persönlichen Bereich dieser Ehen an sich kein gemeinschaftliches Eigentum beider Ehegatten. Denn die Ehegatten bleiben sowohl in der Ehe als Intimgruppe wie auch in der zur Schienenehe gewordenen Ehe in ihrem persönlichen Bereich selbständig, so daß eine Kongruenz zwischen persönlichem und dinglichem Bereich nur dann besteht, wenn die Ehegatten auch in ihrem dinglichen Bereich selbständig bleiben. Hinsichtlich des in die Ehe eingebrachten Eigentums müßte daher der aus den persönlichen Beziehungen der Ehegatten resultierende und auf die Eigentumsverhältnisse bezogene typische Wille grundsätzlich auf eine Beibehaltung der sachenrechtlichen Trennung des Eigentums beider Ehegatten gerichtet sein und auch beim Neuerwerb müßte grundsätzlich der einzelne Ehegatte typischerweise keine Veranlassung für einen auf Miteigentum gerichteten Willen sehen.

Dieser Grundsatz erscheint aber - insbesondere beim Neuerwerb - zweifelhaft, da aus der heute üblich gewordenen gemeinschaftlichen Verfügungsgewalt über das Einkommen und der gemeinschaftlichen Planung des Neuerwerbs und aus häufig von den Ehegatten gebrauchten Formulierungen wie "wir schaffen uns an", "unser Hausrat" oder dergleichen sich Bedenken gegen ein derartiges Ergebnis ergeben:

Für einen Großteil der Ehemänner, wie auch für die meisten Ehefrauen, besteht eine Preisschwelle, unterhalb der sie Ausgaben für Anschaffungen nahezu souverän selbst tätigen, die sie aber nur im Einvernehmen mit dem Ehepartner überschreiten¹⁾. Diese Schwelle wird in starkem Maße von der Finanz-

1) Plathner, S. 78 ff; vgl. auch die entsprechenden Angaben der Frauenenquete.

kraft des einzelnen Haushalts diktiert und ist auch von der Verfassung abhängig, die sich die Eheleute selbst gesetzt haben. Allgemein läßt sich von ihr jedoch sagen, daß sie unterhalb jener Beträge liegt, die für wertbeständigere Anschaffungen gezahlt werden müssen¹⁾. Daher entscheidet weder die Ehefrau in dem ihr durch §§ 1356 f zugeordneten Haushaltsbereich über derartige Ausgaben völlig selbständig und ohne den Ehemann mehr als in der gemäß § 1353 geforderten Weise²⁾ an ihren Entscheidungen zu beteiligen, noch nimmt der Ehemann - auch wenn er Alleinverdiener in der Familie ist - ein einseitiges Verfügungsrecht für sich in Anspruch. Vielmehr beraten beide Ehegatten gemeinsam und überprüfen gemeinsam die Ausgaben auf ihre Notwendigkeit. Daher werden beide Ehegatten in aller Regel auch dann auf den Kaufentscheid³⁾ und den Auswahlentscheid⁴⁾ einen nicht unerheblichen Einfluß ausüben, wenn nur ein Ehegatte nach außen hin rechtsgeschäftlich allein auftritt.

Diese gemeinschaftliche Planung und die gemeinschaftliche Verfügungsgewalt sind Ausdruck der heutigen personalisierten, von gleichberechtigten Menschen geschlossenen Ehe⁵⁾. Die Eheleute sehen im Ehegatten viel zu sehr den Partner, als daß sie ohne Beratung mit ihm über größere Anschaffungen für den gemeinsamen gegenständlichen Bereich der Ehe alleinverantwortlich entscheiden würden. Die gemeinschaftliche Planung ist jedoch allein auf das "Anschaffen" der Sache gerichtet und wird zum Teil auch bei der Anschaffung von persönlichen Gegenständen wie Kleidung und dergleichen vorgenommen, die mit Sicherheit nicht gemeinschaftlich erworben werden sollen⁶⁾. Den späteren Eigentumsverhältnissen kommt daher im Rahmen dieser Absprachen keine allzu große Bedeutung zu.

1) Nach Plathner, S. 80, gaben 60 % der Männer und 72 % der Frauen an, über Beträge von 60,- DM aufwärts nur nach Absprache mit dem Ehepartner zu verfügen.

2) Erman-Bartholomeyczik, § 1356, 3; Massfeller-Reinicke, § 1356, 2; Fahr, S. 19.

3) Die Frage also, o b gekauft wird.

4) Die Frage also, w a s gekauft wird; beide Größen sind im Umfang nicht miteinander identisch, sondern differieren nach Funktion des neu zu erwerbenden Gutes; vgl. Plathner, S. 48 und 58.

5) Vgl. dazu auch Mead, Mann und Weib, S. 227 f.

6) Konsequenterweise wird in § 1362 II BGB auch insoweit Alleineigentum vermutet.

Etwas anderes könnte jedoch gelten, wenn der nach außen auftretende Ehegatte seinem Ehepartner, seiner Familie, einem Dritten oder auch dem Veräußerer gegenüber Formulierungen gebraucht wie "w i r (meine Frau und ich) wollen u n s einen Kühlschrank anschaffen" oder "w i r (mein Mann und ich) beabsichtigen u n s einen Fernsehapparat zu kaufen" oder ähnliches.

Häufig wird in diesen Formulierungen ein Indiz für einen auf Miteigentum gerichteten Willen der Ehegatten gesehen¹⁾. Eine derartige Argumentation ist jedoch wenig überzeugend, da sie den emotionalen Beweggrund dieser Äußerungen verkennt. Denn der einzelne Ehegatte wird trotz aller Individualität von dem gemeinsamen Lebensbereich der Ehe stets unter Einbeziehung seines Ehepartners sprechen. Wenn das Gemeinsame angesprochen wird, verschwinden die scharfen Konturen, die das "Ich" dem "Du" gegenüber normalerweise hat. Auch den genauen Grenzen zwischen dem "Mein" und dem "Dein" werden augenblicklich keine entscheidende Bedeutung mehr beigemessen. Soweit eine derartige Erscheinung nicht bereits einer juristisch irrelevanten romantischen Vorstellung entspricht, die insbesondere bei jungverheirateten Ehegatten anzutreffen ist, wird sie ihren tieferen Grund darin finden, daß der gesamte häusliche Bereich, alle in ihm enthaltenen und der Ehegemeinschaft zur Verfügung stehenden Gegenstände, als funktionelle Einheit verstanden werden, in der das tatsächliche Schicksal des einzelnen Gegenstandes sich nach der Eigengesetzlichkeit der Ehe und Familie vollzieht und nicht nach der sachenrechtlichen Zugehörigkeit. Anders als in der Umwelt der Ehe, wo der einzelne die ihm gehörenden Gegenstände als sichtbares Zeichen seiner Arbeit und seiner sozialen Stellung von den Sachgütern der Mitmenschen abheben will und gegen fremden Zugriff schützen muß, besteht für den einzelnen Ehegatten in der Ehegemeinschaft kein Bedürfnis, sein Eigentum von dem des Ehepartners äußerlich stets sauber zu trennen und auch im Sprachgebrauch diese Grenze sorgfältig einzuhalten. Vielmehr empfin-

1) So z.B. Bosch, Gutachten, FamRZ 54, 149 ff(153 f); Scheffler, DRZ 53, 88; Altenstetter, Deutscher Notartag 1952, S. 90; Fahr, S. 114.

den es beide Eheleute ihrer lebenslangen gemeinsamen Zukunft gegenüber als selbstverständlich, summarisch von "unserer Einrichtung" zu sprechen oder "wir schaffen uns an" oder ähnliches zu sagen. Gebrauchen sie aber derartige Formulierungen, so tun sie es ohne einen bestimmten rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolg zu wollen¹⁾. Sie empfinden den gegenständlichen Bereich der Ehe zwar als gemeinschaftlich, doch werden dieses Empfinden und die aus ihm resultierenden Formulierungen im Regelfall lediglich dem Mitbesitz entsprechen, den beide Ehegatten innehaben. So will beispielsweise auch die jung verheiratete Ehefrau, die eine Aussteuer in die Ehe einbringt, die einzelnen Gegenstände dem gemeinsamen Haushalt überlassen. Nur mit diesem Ziel hat sie selbst auf diese "Aussteuer" hin vor ihrer Ehe gespart, nur zu diesem Zweck haben die Eltern für sie die Aussteuer erworben. Solange der Frieden der Ehe aber gewahrt ist, wird die Ehefrau zusammen mit ihrem Ehemann ganz unabhängig vom Güterstand von "unserem Hausrat" und von "unserer Wohnung, die wir uns eingerichtet haben" sprechen. Soweit ersichtlich, entnimmt jedoch die juristische Literatur und Rechtsprechung diesen Formulierungen nicht, das Eigentum stände daraufhin beiden Ehegatten gemeinschaftlich zu. Man begnügt sich auch hier mit der Bejahung des Mitbesitzes, obwohl sich rein konstruktiv einem Miteigentumserwerb des mitbesitzenden Ehegatten durch *brevi manu traditio* gemäß § 929, 2 keine dogmatischen Hindernisse entgegenstellen würden. Denn es handelte sich hier nur darum, daß der mitbesitzende Alleineigentümer dem anderen Mitbesitzer Miteigentum, nicht dagegen Alleineigentum überträgt²⁾.

1) Auch der Arbeitnehmer wird häufig von "seinem Betrieb" sprechen, ohne daß dieser Formulierung irgendeine unmittelbare Bedeutung für den Rechtsverkehr zukommt (allerdings will Schumacher, ZHR 113, 187, aus dieser Formulierung die Forderung nach einer Sozialisierung des Eigentums an den Produktionsmitteln herleiten); dieser Äußerung liegt ein ähnliches Motiv zugrunde, wie der Formulierung "unser Hausrat"; immer dort, wo der einzelne sich mit einem Ganzen, einer Mehrheit identifiziert, wird er vereinfachend "wir" sagen. Zwischen Ehe und Fabrik besteht insoweit nur ein gradueller Unterschied; ähnliches gilt z.B. auch bei einem Sportbegeisterten, der sich freut, daß "sein Verein" gewonnen hat, auch wenn er selbst nicht dessen Mitglied ist.

2) Vgl. dazu unten S. 149 im Gegensatz zu Seite 150.

Müßte man diesen Formulierungen eine derartige Bedeutung beilegen, so würden auch alle übrigen Gegenstände im Miteigentum beider Ehegatten stehen, obwohl sie von einem Ehegatten zwar zunächst allein erworben, später aber als "gemeinschaftlich" empfunden werden. Alle gemeinschaftlich benutzten Gegenstände des gemeinschaftlich gegenständlichen Ehebereiches gingen auf diese Weise im Laufe der Ehe, unabhängig von Güterstand, ins Miteigentum beider Ehegatten über. Eine derartig weitgehende Konsequenz wird jedoch zu Recht überwiegend nicht gezogen¹⁾.

Es ist daher auch nicht folgerichtig, auf Grund derartiger Formulierungen für den Neuerwerb einen auf Miteigentum gerichteten Willen der Ehegatten zu bejahen. Auch hier ist das Bewußtsein vom Gemeinsamen nicht wesentlich stärker ausgeprägt als bei den eingebrachten Gegenständen, und auch hier ist die Eigentumsgrenze nicht von vornherein endgültig aufgehoben. Die Grenze bleibt auch in der harmonischen Ehe latent vorhanden und der feineren Beobachtung nicht verborgen und wird - wie die Praxis zeigt²⁾ - in Krisenzeiten der Ehe, insbesondere aber bei Aufteilung des ehelichen Vermögens nach Scheidung, wieder deutlicher. Die Hinweise des einzelnen Ehegatten auf die genauen Eigentumsverhältnisse können dann keineswegs schlechthin als vorgeschobene Rechtfertigung für überhöhte Ausgleichs- und Herausgabeansprüche abqualifiziert werden. Die angeblich Miteigentum rechtfertigenden Formulierungen haben sich dann zur Bedeutungslosigkeit verflüchtigt und wer-

-
- 1) Anders allerdings Baur, Lehrbuch, § 51 V 4 b (1), der unter Hinweis auf die von der Zugewinnsgemeinschaft nicht erzwungene Endgültigkeit des Alleineigentumserwerbs, im Zweifel nachträglich Miteigentum unter Ehegatten entstehen läßt; vgl. auch Dölle, Lehrbuch, § 53 II Fußn. 22, der auf Baur, a.a.O., ohne ausdrückliche Stellungnahme verweist.
 - 2) Darauf weist z.B. Beitzke, Gutachten, FamRZ 54, 156 ff(157) hin; so aber auch die übereinstimmenden Auskünfte, die der Verfasser von den mit diesen Fragen im Rahmen der HausRVO beschäftigten Richtern aus verschiedenen LG-Bezirken eingeholt hat. Die Praxis zeigt zwar auch, daß häufig der seine Familie verlassende Ehemann der Ehefrau einen Großteil des Hausrats überläßt, doch beruht das meist darauf, daß er damit der Frau die Möglichkeit zur Fortführung der Restfamilie geben will; z.T. hat der Ehemann auch keine Verwendung für den Hausrat, z.T. wird er diese Großzügigkeit auch als "chevalereske Geste" oder als "Sühne" für moralische Schuld empfinden.

den von keinem Ehegatten ernstlich als Beweis der Eigentumsverhältnisse vorgebracht werden. Es ist daher kein "so-tun-als-ob" gegenüber einer tatsächlichen Vergemeinschaftung¹⁾, keine Fiktion gegenüber den Tatsachen²⁾, wenn an der sachenrechtlichen Trennung festgehalten wird und diese Trennung nicht allein auf Grund vager Formulierungen durchbrochen wird.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß die in Zugewinnsgemeinschaft lebenden Ehegatten heute grundsätzlich weder hinsichtlich der in die Ehe eingebrachten Gegenstände noch hinsichtlich der in der Ehe neuerworbenen Gegenstände typischerweise Miteigentum erwerben wollen. Wenn sie sich im Einzelfall über die Eigentumsverhältnisse überhaupt Gedanken machen, werden sie im Zweifel entsprechend dem typischen Willen in der partnerschaftlichen Ehe allenfalls Alleineigentum erwerben wollen. Dieser Wille wird dann nur schwach und ungenau konturiert sein und daher die gesetzlich vorgesehenen speziellen Rechtsfolgen des § 1357 I 2, 1. Halbsatz oder des § 1370 nicht durchbrechen. Häufig werden die Ehegatten aber selbst zu derartigen Vorstellungen keine Veranlassung sehen. Sie werden sich über das sachenrechtliche Schicksal des zu erwerbenden Gegenstandes keine anderen rechtlich relevanten Gedanken machen wie ein lediger Käufer. Beim ledigen Käufer wird es häufig fraglich sein, ob er - insbesondere in Anbetracht des ihm in aller Regel unbekannten Abstraktionsprinzips - die für den Erwerb an sich juristisch notwendigen Vorstellungen hat. Er will einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg. Er will die Sache in erster Linie "haben". Der Jurist ist nach unserem Rechtssystem darauf angewiesen, diesen Willen für ausreichend zu halten, um die schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsfolgen beim Erwerb eines Gegenstandes eintreten zu lassen, will er nicht den meisten Erwerbsgeschäften die Wirksamkeit versagen. Der ledige Käufer erhält selbstverständlich Alleineigentum. Auf die weitere Motivation, was er mit der Sache machen will, kommt es dafür grundsätzlich nicht an, also auch nicht, ob er den Gegenstand ausschließlich zum eigenen Gebrauch, oder ob er ihn erwirbt, um ihn eventuell gemein-

1) So aber Hanisch, S. 30.

2) So aber Kirstein, NJW 48, 467; ähnlich Bosch, Gutachten, FamRZ 54, 149 ff(154).

schaftlich mit einem anderen zu benutzen oder zu verbrauchen. Daß er mit dem "Haben-wollen" ein weitgehendes Motiv verknüpft, ist selbstverständlich, da das Haben überhaupt nur dann erstrebenswert ist, wenn damit ein bestimmter weiterer Zweck verfolgt werden soll. Das aber kann im Rahmen der dinglichen Einigung keine Rolle spielen¹⁾. Dann jedoch ist es nicht konsequent, den verheirateten Erwerber Miteigentum zusammen mit dem Ehepartner erwerben zu lassen, weil er den Gegenstand nicht - gedanklich besonders artikuliert - nur für sich erwerben will, sondern ihn haben will, um ihn auch dem Ehepartner zur Verfügung zu stellen. Denn auch für ihn ist grundsätzlich das "Haben-wollen" der primäre und sachenrechtlich relevante Beweggrund, während die weitergehende Vorstellung die insoweit unbeachtliche weitere Motivation ist. Zwischen dem ledigen und dem verheirateten Erwerber besteht hinsichtlich dieser weiteren Motivation allenfalls ein quantitativer, aber kein qualitativer - sachenrechtlich relevanter - Unterschied. Den verheirateten Erwerber dinglich für seinen Ehepartner miterwerben zu lassen, würde bedeuten, die Ehegatten nur deshalb Miteigentum erwerben zu lassen, weil sie verheiratet sind. Das aber steht im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung der Zugewinnngemeinschaft. Das Gesetz enthält zwar in § 1363 II 1 nur den Grundsatz²⁾ der Gütertrennung in der Zugewinnngemeinschaft und ist ansonsten für die Bildung von Miteigentum offen. Doch bedeutet dieses Offensein, daß das Gesetz der Bildung von Miteigentum allenfalls neutral

-
- 1) Ein vergleichbarer Gedanke ist bei der Irrtumsanfechtung nach § 119 I gegeben; auch im Rahmen des § 119 I kann nicht jeder für den Erklärenden motivierende Beweggrund relevant sein, sondern nur der, der bei Abgabe der Willenserklärung selbst besteht und für das Zustandekommen des bestimmten Rechtsgeschäftes erforderlich ist.
- 2) Vgl. Erman-Bartholomeyczik, § 1363, 1; Staudinger-Felgentraeger, § 1363, 4; Soergel-Vogel, § 1363, 1.

gegenübersteht. Den verheirateten Erwerber aber allein auf Grund seiner Verheiratung Miteigentum erwerben zu lassen, hieße diese "Neutralität" durch eine Parteinahme zugunsten der Bildung von Miteigentum zu ersetzen. Aber gerade das hat der Gesetzgeber mit Einführung der Zugewinnngemeinschaft nicht gewollt¹⁾. Überdies wäre es ansonsten auch nicht folgerichtig, nur den Miteigentumserwerb der Ehegatten zu bejahen; vielmehr würde sich häufig Familieneigentum bilden müssen, da der Gegenstand auch von anderen Familienmitgliedern benutzt und auch "für diese angeschafft" wird.

Unabhängig davon, ob der verheiratete Erwerber einer Sache die der partnerschaftlichen Intimgruppe grundsätzlich entsprechende Vorstellung von der sachenrechtlichen Trennung der Güter mit in seine Vorstellung beim Erwerb aufnimmt oder nicht, wird er daher wie ein lediger Erwerber Alleineigentümer werden.

bb) Der auf Miteigentum gerichtete Wille, wenn die Ehefrau den Haushalt mitfinanziert

In aller Regel wird in einer Ehe, in der die Ehefrau keiner eigenen Berufstätigkeit nachgeht, der Haushalt und der eheliche Eigentumserwerb allein vom Einkommen des Ehemannes finanziert werden. Beide Ehegatten tragen normalerweise nur dann unmittelbar zur Bezahlung neuerworbener Gegenstände bei, wenn auch die Ehefrau über ein eigenes Arbeitseinkommen verfügt. Unabhängig davon, ob die Bezahlung sofort erfolgt oder sich über längere Ratenzahlungen erstreckt, könnte sich - abweichend von dem grundsätzlich auch in der Ehe auf Alleineigentum gerichteten Willen - aus der gemeinschaftlichen Finanzierung der Wille zum gemeinschaftlichen Erwerb ergeben. Zumindest in den Ehen der berufstätigen Ehefrauen würde damit ein

1) Insbesondere aus praktischen Gründen (s.o.S. 12 ff) hat der Gesetzgeber die Bildung von Alleineigentum gewollt, diesen Willen aber nicht als Dogma, sondern lediglich als Grundsatz in die gesetzliche Regelung der Zugewinnngemeinschaft eingeführt.

großer Teil des Eigentums beiden Ehegatten gemeinschaftlich zustehen. Diese Ehen sollen daher auch im Vordergrund der weiteren Untersuchung stehen.

Die Berufstätigkeit der Ehefrau bis in die jüngste Vergangenheit war überwiegend durch Not bestimmt oder Folge staatlichen Zwanges. So gab beispielsweise um die Jahrhundertwende die weit überwiegende Zahl der berufstätigen Ehefrauen die Unzulänglichkeit des Einkommens des Ehemannes für den notwendigsten Lebensunterhalt als Grund ihrer Tätigkeit in den Fabriken¹⁾ oder als Heimarbeiterinnen²⁾ an. Auch in den ersten Jahren nach 1945, nachdem eine größere Zahl der tatsächlichen oder potentiellen Ehemänner gefallen, in Kriegsgefangenschaft geraten³⁾ oder aus politischen Gründen an der Wiederaufnahme ihrer alten Berufe gehindert waren, mußte die Frau den Lebensunterhalt für sich und gegebenenfalls auch für ihre Familie häufig durch eigene Berufstätigkeit aufbringen. In den beiden Weltkriegen wurden die Frauen dagegen auf Grund entsprechender staatlicher Anordnungen zum Arbeitseinsatz in der Rüstungsindustrie gezwungen. Nach dem wirtschaftlichen Aufschwung der letzten zwanzig Jahre und dem unaufhörlichen Ansteigen des durchschnittlichen Arbeitnehmerinkommens und der sozialen Leistungen gebietet jedoch heute nur selten noch existentielle Not die Berufstätigkeit beider Ehegatten⁴⁾. Auch fördert der Staat heute nicht mehr durch autoritäre Maßnahmen die angesichts eines erheblichen Arbeitskräftedefizits an und für sich volkswirtschaftlich erstrebenswerte Frauenarbeit. Er beschränkt sich nur darauf, die Voraussetzungen der Berufsarbeit verheirateter Frauen zu erleichtern und deren schädliche Auswirkungen zu mil-

-
- 1) Jahresberichte der Gewerbeaufsichtsbeamten für das Jahr 1899, bearbeitet im Reichsamt des Innern, Berlin 1901; vgl. auch Bebel, S. 299 f.; vgl. auch Karl Marx, Kapitel I, S. 237 Fußnote 142, der davon berichtet, daß verheiratete Frauen bevorzugt eingestellt wurden, da sie sich aus Angst vor Entlassung und in Sorge um den Familienunterhalt aufmerksamer und gelehriger verhielten als ledige Arbeiterinnen.
 - 2) Wilbrandt, Arbeiterinnenschutz und Heimarbeit, S. 84 f.
 - 3) Vgl. Böhne, Das Geschick der zwei Millionen, S. 11 f.
 - 4) Vgl. die unten S. 70 Fußn. 2 erwähnte repräsentative Umfrage; anders heute noch Häring, S. 537; Schelsky, Wandlungen, S. 311 und S. 399 (1960!).

dem¹⁾. Dennoch ist die Zahl der aktiv im Berufsleben stehenden Ehefrauen nicht abgesunken, sondern ständig angewachsen²⁾ und wird wahrscheinlich auch in Zukunft weiter ansteigen³⁾. Die Ursachen der Berufstätigkeit verheirateter Frauen müssen daher heute an anderer Stelle als ehemals liegen⁴⁾.

Abgesehen von den wenigen noch vorhandenen Notfällen und von einer kleineren Zahl von Ehefrauen, die aus Langeweile ihrem außerhäuslichen Beruf nachgehen oder aus kulturellen, ethischen oder religiösen Gründen künstlerische und sozialpflegerische Berufe ausüben, ist heute die überwiegende Zahl der Ehefrauen deshalb berufstätig, um den Lebensstandard der Familie zu heben⁵⁾. Insbesondere der Wunsch nach kostspieligeren Anschaffungen, der allein mit dem Einkommen des Ehemannes nicht oder nicht so bald realisierbar ist, wird Motiv der Berufstätigkeit

-
- 1) So wird die Errichtung von Kindertagesstätten beispielsweise gefördert (Frauenenquete, S. 28); so wurden bereits die gesetzlichen Bestimmungen zur Besteuerung der Teilzeitarbeit (vgl. die im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen ergangenen Erlasse der Landesfinanzverwaltungen, BStBl. 1965 II, S. 52 ff; vgl. auch die Diskussion über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Teilzeitarbeit bei Beamtinnen) oder der Sozialversicherung für Teilzeitarbeit geändert; auch die Rückkehr älterer Frauen in ihren Beruf wird gefordert (Frauenenquete, S. 88 f, vgl. auch die "Lehrgänge zur Wiedereingliederung weiblicher Angestellter in das Berufsleben" durch die DAG); in gleicher Richtung auch die "123. Empfehlung der 49. Internationalen Arbeitskonferenz vom 2. Juni 1965 in Genf betreffend die Beschäftigung von Frauen mit Familienpflichten".
 - 2) 1950 gingen ca. 1.055.000 verheiratete Frauen einer eigenen Berufstätigkeit nach (57. Protokoll des Unterausschusses, S. 9, und Fahr, S. 140); im April 1964 waren bereits 3.179.000 verheiratete Ehefrauen erwerbstätig (Angabe des Statistischen Bundesamtes an den Verfasser); die im Betrieb des Ehemannes lediglich mithelfenden Ehefrauen sind dabei nicht berücksichtigt.
 - 3) Frauenenquete, S. 89.
 - 4) Untersuchungen darüber u.a. von Hedwig Herrmann, Die außerhäusliche Erwerbstätigkeit verheirateter Frauen, 1957; Edith Hinz, Lage und Leistung erwerbstätiger Mütter, 1960; Elke Maria Kätsch, Langfristige Bestimmungsgründe für die Erwerbstätigkeit von Frauen; Alva Myrdal-Viola Klein, Die Doppelrolle der Frau in Familie und Beruf, 1962; Elisabeth Pfeil, Die Berufstätigkeit von Müttern, 1961, und Das Bild der Frau in der empirisch-soziologischen Forschung der letzten Jahre, in "Soziale Welt", 1963, Heft 2, S. 134 ff.
 - 5) Vgl. dazu die repräsentative Umfrage, ifas-report, S. 16 f.

beider Ehegatten sein. Die Ehefrauen arbeiten daher für den Sachbesitz, das Auto, den Fernsehapparat und für die kostspielige Ferienreise. Nur aus diesem Grunde nehmen sie die Mühsal einer physischen und psychischen Doppelbeanspruchung durch ihre Arbeit als Hausfrau und Erwerbstätige auf sich und überwiegend aus diesem Grunde ist den Ehemännern die Berufsarbeit ihrer Ehefrauen willkommen. Gerade in den jungen Ehen, in denen der Haushalt erst allmählich aufgebaut werden muß, da eine Aussteuer der Braut heute seltener geworden ist, wird die Ehefrau während der Anschaffungsperiode mitarbeiten¹⁾. Auf Nachkommenschaft wird bewußt bis zu drei Jahren verzichtet²⁾, um während dieser Zeit mit Hilfe des doppelten Verdienstes die notwendigen oder für notwendig erachteten Anschaffungen zu machen. Aber auch in den älteren Ehen wird die Ehefrau häufig aus diesen Gründen erwerbstätig sein oder wieder werden, wenn hier auch zum Teil mehr als in den jungen Ehen noch weitere Gründe mitursächlich sein können, die an anderer Stelle noch untersucht werden sollen. Die ältere Einrichtung soll erneuert und möglichst gegen eine aufwendigere ersetzt werden, das kleine Auto von einem größeren abgelöst und das Rundfunkgerät gegen einen Musikschrank ausgetauscht werden.

Obwohl sich auch in diesen Ehen das Desinteresse der Ehegatten an der genauen sachenrechtlichen Zuordnung nicht grundsätzlich geändert hat, könnte sich hier das Bewußtsein vom Gemeinsamen möglicherweise nicht mehr allein auf die Planung, die Benutzung und den Besitz beschränken, sondern sich vielmehr auf Grund des Wissens von der gemeinschaftlichen Finanzierung zum Willen verdichten, nun auch gemeinschaftlich zu erwerben.

Ein derartiges Ergebnis wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die sich daraus ergebende unterschiedliche Behandlung der

1) Frauenenquôte, S. 77 f.

2) Vgl. auch Elisabeth Pfeil in ihrem Eröffnungsreferat "Die Doppelrolle der Frau" vor der Mitgliederversammlung des Deutschen Akademikerinnenbundes in Hamburg, 1966.

erwerbstätigen und der nur hausfraulich tätigen Ehefrau dem Willen der Ehegatten entsprechen würde und ein derartiges Ergebnis nicht im Widerspruch zur partnerschaftlichen und individualistischen Struktur der modernen Ehe stünde. Gegebenenfalls ergibt sich daran anschließend dann noch die Frage nach den genauen Voraussetzungen und der genauen Zielrichtung dieses bisher erst im großen skizzierten Willens.

- (1) Die Berechtigung einer unterschiedlichen Eigentumsverteilung in der Ehe der Nur-Hausfrau und der Ehe der erwerbstätigen Ehefrau

Bedenken gegen Miteigentum bei gemeinschaftlicher Finanzierung könnten sich möglicherweise deshalb ergeben, weil die Nur-Hausfrau hinsichtlich der ehelichen Eigentumsverteilung dann schlechter stünde als die erwerbstätige Ehefrau. Denn die Nur-Hausfrau kann möglicherweise nur aus familienbedingten Gründen keiner eigenen Erwerbstätigkeit nachgehen und nur aus diesen Gründen nicht unmittelbar die Neuanschaffungen mitfinanzieren. Sie übt aber unter Umständen auf Grund der Arbeit in Haushalt und Familie eine Tätigkeit aus, mit der sie die Neuanschaffungen auf mittelbarem Wege in gleichem Maße unterstützt, wie die erwerbstätige Ehefrau durch unmittelbare Mitfinanzierung. Wäre die Tätigkeit der Nur-Hausfrau in gleicher Weise angesehen wie die Tätigkeit der erwerbstätigen Ehefrau und würde auch von dem Ehegatten selbst der Verzicht der Nur-Hausfrau auf eine eigene Berufstätigkeit als Opfer angesehen, so wäre eine unterschiedliche Behandlung nicht ohne weiteres gerechtfertigt.

Die verheiratete Ehefrau ist heute fast ausschließlich deshalb berufstätig, um Geld zu verdienen. Dennoch brauchte diese Tätigkeit nicht unbedingt nur "notwendiges Übel" oder nur Mittel zum Zweck, sondern könnte auch Selbstzweck, auch Berufung sein. Denn das Geldverdienen könnte immerhin auch auf wirtschaftliche Partnerschaft und finanzielle Unabhängigkeit gerichtet und damit die Grundlage einer persönlichen Selbstentfaltung sein. Doch konnte bereits gezeigt werden, daß die

Ehefrau heute überwiegend nur deshalb Geld verdienen möchte und nach Auffassung ihres Ehemannes soll, um die Aufbauphase der Ehe abzukürzen und den Lebensstandard der Familie zu heben. Nicht nur die ersten industriellen Arbeiterinnen empfanden daher ihre außerhäusliche Berufstätigkeit als anomal¹⁾, vielmehr glauben überwiegend auch die heute erwerbstätigen Ehefrauen noch, mit ihrer Berufstätigkeit etwas zwar Weitverbreitetes, dennoch aber nicht ganz Selbstverständliches zu tun²⁾. Zwar übt heute auch das junge unverheiratete Mädchen einen Beruf aus, sie hat ihn jedoch meist nur "für alle Fälle" und zur Überbrückung der Zeit bis zur Ehe erlernt³⁾. Sie sieht daher auch häufig keine Veranlassung, im größeren Umfang Zeit und Geld in ihre Bildung und Ausbildung zu investieren. Ihr Verhalten wird von den Eltern weitgehend unterstützt, zumindest aber toleriert. Die Folge ist, daß das Mädchen als erwerbstätige Ehefrau einen untergeordneten Beruf ausübt, der ihrer Begabung und Neigung nicht entspricht und ihr daher zwangsläufig fremd bleiben muß.

Die Ablehnung eines außerhäuslichen Berufes der Frau wird häufig für selbstverständlich gehalten, da die Erwerbstätigkeit der Frau einem natürlichen "Urbild" widerspreche⁴⁾. Erst in neuerer Zeit wird zu Recht wieder darauf verwiesen, daß die einseitige Betonung der Tätigkeit der Frau als Mutter und Hausfrau der Situation der Frau nicht immer gerecht werden kann. Denn das Leitbild der Frau ist nicht etwas von vornherein Gegebenes, sondern etwas historisch Gewordenes⁵⁾. Erst das industrielle Zeitalter und die seither gegebene

1) S.o.S. 66 FuBn. 1.

2) Nach dem ifas-report, Frau und Öffentlichkeit, Tabelle 3: 71 % der mit berufstätigen Frauen verheirateten Ehemänner hielten diesen Zustand für nicht normal; Tabelle 4: Von den 18-34jährigen Ehefrauen hielten 63 % die Frauenarbeit nicht für normal, bei den 35-49jährigen Ehefrauen waren es 72 %; vgl. auch Frauenenquôte, S. 10 m.w.N.; insoweit auch übereinstimmend Schelsky, Wandlungen, S. 310 f m.w.N.

3) Vgl. Stahl, S. 45 ff.

4) Nachweise in der Frauenenquôte, S. 9.

5) Z.B. Frauenenquôte, S. 9, unter Hinweis auf Margeret Mead, Simoné de Beauvoir und Elisabeth Pfeil.

weitgehende Aufgabenteilung zwischen Mann und Frau ließ das bürgerliche Familienmodell entstehen, nach dem die Ehefrau allein die Kinder zu gebären und den Haushalt und die Familie zu betreuen, der Ehemann dagegen das Geld zu verdienen hatte. Mochte diese strenge Teilung aus wirtschaftlichen Gründen in vielen Familien auch nicht zu verwirklichen gewesen sein, sie galt jedoch stets als erstrebenswert. Es stellt bis heute in einfacheren Familien geradezu einen Prestigefaktor dar, wenn man es sich "leisten" kann, daß die Ehefrau nicht mitarbeiten und Geld verdienen muß. Die überwiegende Zahl der Ehefrauen entspricht daher bei uns noch weitgehend dem "Hausmüttertyp"¹⁾. Diese Frauen finden sich mit der häuslichen Rolle nicht nur ab, sondern identifizieren sich mit ihr, auch wenn sie vorher erwerbstätig gewesen sind. Sie haben im Vertrauen auf die Ehe und Familie ihren Beruf aufgegeben oder gar nicht erst angetreten, um ihrer Aufgabe als Ehefrau und Mutter nachzukommen. Ihre Stellung zeigt sich nicht darin, eine "verhinderte Erwerbsperson" zu sein²⁾, sie erfüllen vielmehr in der Familie und Ehe die Aufgaben, die sie für natürlich halten und die sie auch vor ihrer Verheiratung zu erfüllen wünschten, während die erwerbstätigen Ehefrauen dagegen ihren Beruf ausüben, o b w o h l sie verheiratet sind. Das gilt selbst dann, wenn die Nur-Hausfrauen im Laufe ihrer Ehe mehr und mehr über die fehlende Abwechslung und Anerkennung und über den mangelnden menschlichen Kontakt bei der sich stets wiederholenden Hausfrauenarbeit klagen und, nachdem die Kinder das Haus verlassen haben, ihre Funktionslosigkeit als bedrückende Inhalt-leere ihres Lebens empfinden³⁾. Diese Ehefrauen haben in aller

-
- 1) Die Frauenenquôte, S. 11, differenziert zwischen 1) dem "Hausmüttertyp", der sich mit seiner häuslichen Rolle identifiziert, 2) dem modifizierten Hausmüttertyp, der bereits eine gewisse Bindung an den Beruf hat, 3) dem familienzuge-wandten Berufsfrauentyp, dem beides gleich wichtig ist und 4) dem familienentfremdeten Berufsfrauentyp, dem die haus-frauliche Rolle sekundär geworden ist.
 - 2) Bydlinski, S. 130; Rittner, FamRZ 62, 288; vgl. auch Frauen-enquôte, S. 77.
 - 3) Man spricht insoweit bereits von einem Gruppengegensatz zwischen den Nur-Hausfrauen und den erwerbstätigen Ehe-frauen, vgl. Frauenenquôte, S. 11; Myrdal-Klein, S. 28; Antonie Nopitsch, Gesamtbericht des 63. Fürsorgetags, S. 94.

Regel keine Vorstellungen vom Geldwert ihrer Arbeit, sie werden sich keine Gedanken über die materielle Bedeutung ihrer Tätigkeit machen, mag deren Wert für Familie und Ehe und für die Neuanschaffungen an sich auch noch so hoch sein¹⁾. Das gilt gerade dann, wenn sie vorher berufstätig waren und in ihrem Lohn einen deutlich sichtbaren Wertmesser ihrer Arbeit hatten. Auch in den Vorstellungen der Ehemänner besteht insoweit ein Unterschied zwischen der Ehefrau, die dem tradierten Leitbild der Hausfrauenehe entspricht und jener Ehefrau, die über ihren Haushalt hinaus noch berufstätig ist und damit häufig erst die unmittelbare finanzielle Voraussetzung für kostspieligen Neuerwerb schafft oder diesen doch zumindest auf offenkundige Weise erleichtert.

In den Doppelverdienerehen ist daher grundsätzlich das Bewußtsein vom Gemeinschaftlichen hinsichtlich des neuerworbenen Gegenstandes bei beiden Ehegatten viel stärker als in den Ehen der Nur-Hausfrauen. Einem derartigen Ergebnis widersprechen auch nicht die persönlichen Beziehungen der Ehegatten. Denn die Ehegatten verfolgen insoweit in einer Art "Finanzierungs- und Erwerbsgemeinschaft" durch artgleiche Beiträge ein gemeinschaftliches Ziel. Durch dieses gemeinschaftliche Ziel aber werden auch die persönlichen Beziehungen der Ehegatten beeinflusst, da die Doppelbeanspruchung der Ehefrau in Haushalt und Beruf auch im persönlichen Ehebereich größere Rücksichtnahme und Anpassung erfordert. Zwar sind auch in diesen Ehen die persönlichen Beziehungen der Ehegatten an sich grundsätzlich partnerschaftlich und individualistisch. Doch sind diese Beziehungen durch die gemeinschaftlichen Anstrengungen solange "überlagert", bis die Ehegatten jeweils wieder ihren verschiedenen Aufgaben nachgehen, die ihnen nach heute noch verbreiteter Auffassung entsprechen.

1) So beziffert Höffner, Ehe und Familie, S. 69, den Wert der Hausfrauenarbeit aller Hausfrauen in der Bundesrepublik mit 100 Mrd. DM pro Jahr. Die Rechtsprechung geht z.B. von einer 70stündigen Arbeitswoche der Hausfrau aus (Frauenenquete, S. 25: 60 Std.), die sich je zur Hälfte aus der Leistung einer über 20 Jahre alten Hausgehilfin und einer Wirtschaftlerin zusammensetzt (so auch die Bundesforschungsanstalt für Hauswirtschaft) und berechnet einen Monatslohn von 800 DM (nach einem unveröffentlichten Urteil der 4. Zivilkammer des LG Kiel aus dem Jahre 1966) und darüber.

Die Entwicklung geht jedoch weiter. Es kann davon ausgegangen werden, daß sich die Einstellung zur Erwerbstätigkeit der ledigen und der verheirateten Frau immer mehr ändern wird und daher auch die Hausfrauentätigkeit und die gleichzeitige außerhäusliche Berufstätigkeit der Frau nicht mehr als widernatürlich empfunden werden. Ein derartiger Einstellungswandel ist in den USA und in Schweden bereits weitgehend erfolgt. Er wäre auch bei uns weiter fortgeschritten, wenn nicht vom Nationalsozialismus - im Widerspruch zu den damaligen tatsächlichen Verhältnissen - ständig das Ideal von der Frau als Mutter und Hausfrau propagiert worden wäre¹⁾ und wenn sich der Gesetzgeber nicht häufig - wie insbesondere wieder im Gleichberechtigungsgesetz²⁾ - einseitig zum Leitbild der Hausfrauenehe bekennen würde. Sollte jedoch die Entwicklung auch bei uns weitergehen und die Ehefrau ihre Lebensaufgabe und Berufung eines Tages nicht mehr vorwiegend darin sehen, als Ehefrau und Mutter im Haushalt und Familie tätig zu sein, so wird die erwerbstätige Ehefrau ihren Beruf nicht mehr in erster Linie zur Verkürzung der Aufbauphase der Ehe und zur Hebung des Lebensstandards ausüben. Die Ehegatten werden dann auch nicht mehr im Sinne der oben beschriebenen "Finanzierungs- und Erwerbsgemeinschaft" Miteigentum erwerben wollen, sondern werden auch bei gemeinschaftlicher Finanzierung den ihrer partnerschaftlichen und individualistischen Ehe entsprechenden typischen Willen haben und daher grundsätzlich Alleineigentum erwerben wollen.

Solange aber noch der Typ der fast ausschließlich ihrer Tätigkeit im Haushalt zugewandten Frau derart überwiegt, solange ist die unterschiedliche Stellung der erwerbstätigen Ehefrau und der Nur-Hausfrau beim Eigentumserwerb grundsätzlich und typischerweise berechtigt.

1) Vgl. z.B. Schelsky, Wandlungen, S. 336 Fußn. 1.

2) S.u.S. 111.

(2) Genaue Kennzeichnung des Willens bei gemeinschaftlicher Finanzierung

Ergebnis der bisherigen Überlegungen war der Grundsatz, daß die Ehegatten nur in der Doppelverdienerehe den typischen Willen haben, gemeinschaftlich zu erwerben. Offen ist dagegen, auf welches genaue Eigentumsverhältnis zwischen den Ehegatten dieser Wille abzielt und ob dieser Wille nur bei Erwerbstätigkeit der Ehefrau oder auch in allen sonstigen Fällen gemeinschaftlicher Finanzierung den Ehegatten typisch ist.

Lebensfremd wäre es, den Ehegatten zu unterstellen, sie hätten den Willen zu einer Mitbeteiligung, die den jeweiligen finanziellen Beiträgen der Ehegatten entspricht. Zumindest beim Erwerbsakt selbst werden die Ehegatten kaum den Willen haben, entsprechend der konkreten finanziellen Beteiligungshöhe oder entsprechend dem sich erst aus einer Gesamtabrechnung ergebenden rechnerischen Beteiligungsverhältnis zu erwerben. Denn an dem konkreten Geldbetrag, den der einzelne Ehegatte beigetragen hat, wird sich der Wille nicht orientieren, soll nicht der Zufall recht willkürlich über die Eigentumsverhältnisse entscheiden. So würde in einer Ehe, in der das Einkommen des Mannes zum Unterhalt der Familie verwandt wird, das Einkommen der Frau dagegen hauptsächlich für Anschaffungen ausgegeben wird, die Ehefrau in einer dem Willen der Ehegatten kaum entsprechenden Weise Alleineigentümerin werden. Bei der Beurteilung des Willens wird man aber auch kaum auf den rechnerischen Posten abstellen können, mit dem der einzelne Ehegatte bei der Finanzierung bestimmter Einzelanschaffungen beteiligt ist. Denn sonst würde man in lebensfremder Weise unterstellen, die Ehegatten hätten stets eine konkrete Vorstellung dieses Beteiligungsverhältnisses, das in Wirklichkeit auch nachträglich erst nach langwierigen Überlegungen berechnet werden kann¹⁾. Der Wille zur quotenmäßigen Mitbeteiligung, der einer "gesunden und nicht nur material-

1) Dazu Schlottmann, DJ 41, 624, der mit einem komplizierten Berechnungsmodus zu recht fragwürdigen Ergebnissen gelangt; daher auch ablehnend Weber (Forchheim), DGBR 41, 268; Fahr, S. 120 Fußn. 57.

stisch ausgerichteten Auffassung" entsprechen soll¹⁾, würde gerade eine materielle Wachsamkeit der Ehepartner voraussetzen, die den erstrebten idealen Zielen zuwiderliefe und die Ehe selbst zur Verrechnungs- und Berechnungseinheit degradierete. Da sich die Annahme eines Willens auf Vergemeinschaftung des Neuerwerbs in diesen Fällen nicht aus der Vorstellung der Ehegatten von der Bedeutung der Eigentumsverhältnisse in der Ehe herleiten läßt, sondern allein aus dem Wissen gleichartiger - wenn auch nicht unbedingt gleich effektiver - gemeinschaftlicher Anstrengungen durch Berufstätigkeit, wird vielmehr davon auszugehen sein, daß der typische Wille der Ehegatten im Zweifel auf einen Erwerb zu gleichen Anteilen gerichtet ist.

Dieser Erwerb soll in aller Regel endgültig und nicht Gegenstand nachträglicher Korrekturen sein. Auch wird die möglicherweise bestehende unterschiedliche finanzielle Beteiligung der Ehegatten im Regelfall keine Auswirkungen irgendwelcher Art auf die spätere Ausgleichsforderung nach vorzeitiger Beendigung der Ehegemeinschaft im Sinne der §§ 1372 ff haben. Zwar werden sich die Ehegatten hinsichtlich dieser Ausgleichsforderung keine konkreten und detaillierten Vorstellungen gemacht haben. Auch ist der die finanzielle Beteiligung übersteigende Eigentumsanteil an dem neuerworbenen Gegenstand eine unentgeltliche Zuwendung durch den anderen Ehegatten²⁾ und fällt daher grundsätzlich unter die Vermutung des § 1380 I 2. Danach ist im Zweifel anzunehmen, daß unentgeltliche Zuwendungen, deren Wert den Wert der nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblichen Gelegenheitsgeschenke übersteigt, auf die Ausgleichsforderung anzurechnen sind. Bei dem die finanzielle Beteiligung übersteigenden Anteil handelt es sich jedoch in aller Regel gerade nicht um Zuwendungen, die den Wert von üblichen Gelegenheitsgeschenken übersteigen. Darunter sind grundsätzlich nur Zuwendungen von besonderem Wert und Anlaß, wie die Zuwendung von Grundbesitz, Grundstücksrechten, Lebensversicherungen zugunsten der Ehegatten, Einrichtungen eines von diesem eröffneten Geschäfts-

1) Freund, JW 38, 1785.

2) Erman-Bartholomeyczik, § 1380, 3; vgl. oben S. 15 Fußn. 3.

betriebes¹⁾ oder ähnliches zu verstehen.

Ein derartiger, auf Miteigentum gerichteter typischer Wille wird aber nicht nur in den Ehen zu finden sein, in denen beide Ehegatten einem eigenen Beruf nachgehen. Vielmehr wird Gleiches auch dann anzunehmen sein, wenn die Ehefrau nicht nur in unbedeutendem Umfang im Geschäft des Ehemannes mitarbeitet, § 1356 II. Gleichgültig, ob der Ehemann ihr für diese Mitarbeit sofort ein Entgelt gewährt, das sie nun ihrerseits für die ehelichen Anschaffungen zur Verfügung stellt, oder ob zwischen den Eheleuten Zahlungen nicht geleistet werden und auch für später weder verabredet noch beabsichtigt sind und daher die finanziellen Mittel für den Neuerwerb unmittelbar nur mit Hilfe des Geschäftsertrages aufgebracht werden, wird der Wille beim Erwerb gemeinschaftlich benutzter Gegenstände auf eine sachenrechtliche Vergemeinschaftung gerichtet sein. Denn unabhängig von der grundsätzlichen Streitfrage, ob der Ehefrau im Rahmen des § 1356 II ein Entgelt überhaupt und gegebenenfalls in welcher Höhe zusteht, ob zwischen den Ehegatten stillschweigend ein Arbeitsvertrag geschlossen wird, oder ob eine Innengesellschaft entstanden ist²⁾, werden die Ehegatten davon ausgehen, daß die Mitarbeit der einen Seite nicht völlig einseitig der anderen Seite zugute kommen soll. Zumindest bei den Anschaffungen für den gemeinschaftlichen häuslichen Ehebereich wird daher die Vorstellung vom gemeinschaftlichen Bemühen um die finanziellen Voraussetzungen vorhanden sein und den Willen beim Erwerb nicht unberührt lassen. Auch hier wird dieser Wille nicht der genauen Beteiligung am Geschäftsertrage entsprechen, sondern Miteigentum zu gleichen Teilen umfassen.

Ähnliches wird auch dann gelten, wenn die Ehefrau aus sonstigen laufenden Einnahmen oder aus ihrem in die Ehe eingebrachten oder während des Bestehens der Ehe erst durch Erbfolge und dergleichen erworbenen Barvermögen zum gemeinsamen Haushalt finanziell ständig beiträgt. Zwar wird in diesen Fällen

1) Erman-Bartholomeyczik, § 1380, 5.

2) Vgl. dazu z.B. Gernhuber, FamRZ 58, 243 ff; Wägenbaur, FamRZ 58, 398 ff m.w.N.

das Bewußtsein vom gemeinsamen Bemühen weniger ausgeprägt sein, doch wird auch hier das Wissen um die gemeinschaftliche Finanzierung ausreichen, um den Willen auf Vergemeinschaftung des Eigentums auszurichten. Auch hier wird der Wille unabhängig von der genauen Höhe der finanziellen Beteiligung auf eine Verteilung des Eigentums zu gleichen Anteilen abzielen.

Allenfalls dann, wenn die Ehefrau ausnahmsweise bewußt einen ganz bestimmten Geldbetrag zu einer ganz konkreten Neuanschaffung beiträgt, wird der Wille beim Erwerb der quotenmäßigen finanziellen Beteiligung entsprechen. Dagegen wird von einem Willen zur Alleinberechtigung der Ehefrau auszugehen sein, wenn sie die materiellen Ehelasten allein übernommen hat¹⁾.

Aber auch bei gemeinschaftlicher Finanzierung sind im Einzelfall Ausnahmen vom Willen zur Vergemeinschaftung des Eigentums denkbar. Das wird insbesondere der Fall sein, wenn ein Gegenstand angeschafft wird, der als Ergänzung schon vorhandener Gegenstände dienen soll. Wird beispielsweise zu der von der Ehefrau in die Ehe eingebrachten Couchgarnitur ein weiterer Sessel hinzugekauft, so ist zu vermuten, daß die Ehefrau auch Eigentümer des neuen Sessels werden soll. Auch wenn es sich, wie im vorliegenden Beispiel, um einen Haushaltsgegenstand handelt, greift der Surrogationserwerb des § 1370 nicht ein, da durch Ergänzung bereits vorhandener Haushaltsgegenstände kein Ersatzgegenstand - wie es § 1370 voraussetzt²⁾ - "an die Stelle von nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Gegenständen" gesetzt wird. Daher ist ein Eigentumserwerb nur über allgemeine sachenrechtliche Konstruktionen möglich und wird daher wieder entscheidend vom Willen der Ehegatten abhängen. Der Wille wird aber in diesen Fällen nicht nur auf Ergänzung des häuslichen Bereichs abzielen und sich nicht an der Herkunft der finanziellen Mittel orientieren, sondern im Zweifel auf Ergänzung des Eigentums desjenigen gerichtet sein, der Eigentümer der bereits vorhandenen Gegenstände ist³⁾.

1) Vgl. dazu auch unten S. 112 f.

2) S.u.S. 107 ff.

3) Ähnlich auch Schopp, RpfL. 64, 72.

C. Zwischenergebnis

Nachdem die Familie und Ehe keine Produktionsgemeinschaften mehr sind und nachdem dem Eigentum bei der Bewältigung der daseinserhaltenden und der daseinssichernden Aufgaben nur noch eine untergeordnete Bedeutung zukommt, die von einer bestimmten sachenrechtlichen Zuordnung innerhalb der Ehe nicht abhängig ist, werden die Ehegatten in aller Regel typischerweise keine wirtschaftliche Notwendigkeit sehen, das in die Ehe eingebrachte oder in der Ehe erworbene Eigentum ins Mit-eigentum beider Ehegatten übergehen zu lassen. Da die Familie und Ehe zu Intimgruppen geworden sind, in der nicht das kollektive Schicksal beider Ehegatten, sondern mehr die persönlichen Belange und die individuelle Eigenart des einzelnen Ehegatten im Vordergrund stehen, wird den Ehegatten grundsätzlich der Wille eigentümlich sein, für sich zu erwerben. Etwas anderes ergibt sich grundsätzlich nur in den Ehen, in denen beide Ehegatten den Haushalt und die Neuanschaffungen mitfinanzieren, insbesondere also in jenen Ehen, in denen beide Ehegatten erwerbstätig sind. In der weit überwiegenden Zahl dieser Ehen wird die Ehefrau ihren Beruf ausüben, um die Neuanschaffungen zu ermöglichen oder zu erleichtern. Die Ehegatten werden in diesen Ehen daher im Zweifel typischerweise gemeinschaftlich und zu gleichen Anteilen erwerben wollen.

Es ist bereits zweifelhaft, ob angesichts einer derartigen Einstellung der Ehegatten der Gesetzgeber einen gesetzlichen Güterstand auf Dauer einführen könnte, in dem beiden Ehegatten das Eigentum ganz oder zu einem Teil gemeinschaftlich zustehen würde. Auch wenn er mit einem derartigen Güterstand ideale Ziele zu verfolgen beabsichtigte¹⁾, könnte er die ent-

1) So will z.B. Bosch, Gutachten, FamRZ 54, 154, mit Hilfe der Gütergemeinschaft die Scheidungsfreudigkeit der Ehepartner eindämmen; so auch Schwab in Ehe- und Familienrecht, S. 58 f; Reibstein-Metzger, Deutscher Notartag 1952, S. 82, will mit einer dinglichen Beteiligung der Ehefrau an der ehelichen Errungenschaft die schädlichen Auswirkungen der Frauenarbeit verringern; auch Jung, DRiZ 53, 98, will mit einer Vergemeinschaftung des Eigentums eine feste Bindung der Ehegatten erreichen und die widernatürliche Familienentfremdung der Frau und Mutter durch Erwerbstätigkeit reduzieren.

abweichende Einstellung der Ehegatten weder auf die Dauer ignorieren, noch dürfte er hoffen, sie nachhaltig beeinflussen zu können, wollte er nicht in "naiver Dogmatik"¹⁾ und in einem lebensfremden Erziehungsoptimismus²⁾ seine Möglichkeiten verkennen³⁾ und lediglich äußeren Zwang ausüben. Zwar lebt der einzelne in der Regel in Unkenntnis des Gesetzes und wird daher erst in der Krise von ihm erfaßt werden. Muß er dann jedoch feststellen, daß zwischen dem, was das Gesetz tatsächlich beinhaltet und dem, was er als Recht empfindet, ein unüberbrückbarer Antagonismus besteht, und müssen andere Mitglieder der Gesellschaft diese Erfahrung ebenfalls machen, so wäre das Gesetz nicht im eigentlichen Sinne Recht.

Weit mehr aber noch als der Gesetzgeber muß der gesetzanwendende Jurist - insbesondere der Richter⁴⁾ - die Realfaktoren, die oben beschriebenen Abhängigkeiten und Einflüsse und den sich von dort her ergebenden typischen Willen der Ehegatten bei der Frage nach dem individuellen Willen der Ehegatten im konkreten Erwerbsfall berücksichtigen, will er nicht Gefahr laufen, Ansehen und Wahrheit der Rechtspflege zu zerstören⁵⁾. Insbesondere im Prozeß erhält die sich aus dem typischen Willen ergebende Vermutung ihre praktische Bedeutung, da der Richter ihr bis zum Gegenbeweis folgen kann und der typische Wille damit eine Darlegung und einen Beweis des ersten Anscheins rechtfertigt.

1) Horváth, Rechtssoziologie, S. 54.

2) A.A. Bosch, Neue Rechtsordnung, S. 19: "... der Familienrechtsordnung kommt weitestgehend volkserzieherische, überzeugungsbildende und damit irgendwie lebensgestaltende Funktionen zu..."; kritisch dazu Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 51, der vom "wirklichkeitsfernen Idealismus" in Boschs Ansicht spricht; vgl. auch Habscheid, FamRZ 63, 416; ähnlich auch Boehmer in seinem Bericht "Aus der Arbeit des Ausschusses für eheliches Güterrecht", S. 62, und Felgentraeger, Jahrbuch d.Ak.f.D.R. 1937, S. 37 f; zu weit allerdings Wolf in Wolf-Like-Hax, S. 177; der dem Gesetz nahezu jeden Edukationseffekt abspricht.

3) Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 26 u. 43 ff; auf S. 30 Hinweis auf Bonnecase, La Philosophie du Code Napoléon, S. 3: "Le droit est impuissant à faire seul oeuvre vraiment efficace sur le terrain de la famille"; vgl. auch Bonnecase, a.a.O., 246.

4) Vgl. z.B. oben S. 2 und S. 31 ff.

5) Vgl. z.B. Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 47 ff; Habscheid, FamRZ 63, 416, mit kritischem Hinweis auf BVerfG FamRZ 63, 228.

D r i t t e r T e i l

J u r i s t i s c h e K o n s t r u k t i o n d e s M i t e i g e n t u m s e r w e r b s i n d e r Z u g e w i n n g e m e i n s c h a f t

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß in den finanziell durchschnittlichen Ehen, in denen die Zugewinnngemeinschaft gerade so große Bedeutung gewinnt, sich die kostspieligeren Neuanschaffungen in aller Regel auf bewegliche Konsumgüter beschränken. Der Erwerb eines Grundstücks, eines Eigenheims oder einer Eigentumswohnung ist dagegen relativ selten. Beteiligungen an Wirtschaftsunternehmen oder dergleichen scheiden für die in Zugewinnngemeinschaft lebenden Ehegatten fast völlig aus, läßt man den Erwerb von Volksaktien einmal außer Betracht. Dem Erwerb beweglicher Konsumgegenstände werden aber in der weit überwiegenden Zahl der Fälle Kaufverträge zugrunde liegen. Nur von minderer Bedeutung sind Schenkungen an beide Ehegatten oder eines Ehegatten an den anderen oder der Erwerb auf Grund Erbschaft oder ähnliches. Die Schwerpunkte des weiteren Prüfungsweges sind daher vorgegeben. Im Vordergrund steht der Erwerb von beweglichen Gebrauchsgegenständen und die Frage, welche Sonderheiten sich ergeben können, wenn bei der sachenrechtlichen Einigung und beim Abschluß des dem Erwerb zugrunde liegenden Kaufvertrages der Ehemann oder die Ehefrau nach außen hin allein oder beide gemeinschaftlich auftreten. Anschließend werden die Schenkungen an oder unter Ehegatten und sonstige Vermögensverschiebungen unter Ehegatten und endlich der Erwerb von unbeweglichen Gegenständen untersucht werden. Dagegen ist die Frage nach dem sachenrechtlichen Schicksal der in die Ehe eingebrachten Gegenstände nicht akut, da die vorliegende Untersuchung gezeigt hat, daß die im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten weder heute wollen, noch aller Voraussicht nach in Zukunft den Willen haben werden, daß auch die eingebrachten Gegenstände in gemeinschaftliches Eigentum übergehen sollen. Sollte jedoch dieser Wille im Einzelfall einmal in rechtlich relevanter Weise gegeben sein, so würde die sachenrechtliche Mitbeteiligung des anderen Ehegatten an jedem einzelnen Gegenstand mit Hilfe ähn-

licher Konstruktionen erfolgen, wie sie auch für Schenkungen oder sonstige Vermögensverschiebungen unter Ehegatten gelten¹⁾.

A. Der Ehemann schließt das dem Erwerb eines beweglichen Gegenstandes zugrunde liegende Rechtsgeschäft ab

Nach einer repräsentativen Umfrage kaufen 65 % aller Ehemänner gelegentlich oder häufiger ohne Begleitung ihrer Ehefrauen langlebige Konsumgüter, die für den Gebrauch in der Familie bestimmt sind. Unabhängig von der im Gesetz gemäß § 1356 ausgesprochenen Aufgabenteilung, handelt es sich dabei nicht lediglich um typisch "männliche Anschaffungen"²⁾ wie elektrische Geräte zum Beispiel, über die der Ehemann auf Grund seines regelmäßig höheren technischen Sachverständnisses entscheidet, sondern auch um Kaufgegenstände, die an sich dem der Ehefrau zugeordneten häuslichen Bereich zuzurechnen sind. Der Ehemann bezeichnet in diesen Fällen dem Veräußerer gegenüber den Kaufgegenstand, er gibt die erforderliche Willenserklärung für den Kaufvertrag und die dingliche Einigung ab. Er nimmt in der Regel auch den Kaufgegenstand unmittelbar in Besitz oder läßt sich eine Besitzposition einräumen, die den §§ 930, 868 entspricht und läßt den Kaufgegenstand vom Veräußerer zur Ehewohnung transportieren. Bei Bargeschäften wäre der Ehemann dann auf Grund eines entsprechenden Willens an sich Alleineigentümer und bei Kreditgeschäften gemäß § 455 grundsätzlich Anwartschaftsberechtigter auf das Alleineigentum geworden, es sei denn, es läge ein Surrogationserwerb gemäß § 1370 zugunsten der Ehefrau vor. Ansonsten hätte sich für die mit ihm im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebende Ehefrau allenfalls der obligatorische Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns erhöht.

Will nun der Ehemann den Kaufgegenstand auch für seine Ehefrau erwerben, so sind Konstruktionen, mit deren Hilfe sich das Gewollte erreichen läßt, in großer Zahl denkbar. Vorerst

1) Vgl. dazu auch noch unten S. 149 f.

2) Plathner, S. 53 ff und Tabelle 34.

sollen jedoch allein die Wege untersucht werden, die zum gleichzeitigen Miteigentumserwerb beider Ehegatten führen könnten. Zwar bringt die gleichzeitige dingliche Beteiligung beider Ehegatten für keinen Ehegatten entscheidende Vorteile gegenüber einer erst nachträglich erfolgenden Mitbeteiligung. Denn die beim Durchgangserwerb unter Umständen akut werdende Frage beispielsweise, ob ein Pfändungspfandrecht über § 185 II 1 analog wirksam werden kann und ob dieses Pfändungspfandrecht dann mit einer weiteren Verfügung im Einklang steht, § 185 II 2, oder ob nur die frühere wirksam wird¹⁾, kann in den hier vorliegenden Fällen praktisch nie auftreten. Wie bereits festgestellt wurde, ergibt sich auch aus § 3 AnfG oder § 32 KO kein Unterschied zwischen einem gleichzeitigen und einem zeitlich getrennten Miteigentumserwerb. Denn auch in der unmittelbaren Übertragung des Miteigentums vom Veräußerer auf den nach außen hin nicht auftretenden Ehegatten kann eine Verfügung des einen Ehegatten auf den anderen im Sinne dieser Vorschriften gesehen werden²⁾. Doch bleibt für Konstruktionen, die zunächst den einen Ehegatten Alleineigentum erwerben lassen, dessen Ehepartner dagegen das Miteigentum erst daran anschließend einräumen, kein Raum mehr, wenn beide Ehegatten von vornherein bereits unmittelbar dinglich beteiligt werden.

Ist daher ein derartiger gleichzeitiger Miterwerb beider Ehegatten möglich, so kann der konstruktiv durchaus denkbare Weg außer acht bleiben, den einen Ehegatten zunächst Alleineigentum erwerben zu lassen, während der andere Ehegatte anschließend Miteigentum durch Insichgeschäft des Ersterwerbers gemäß § 181 erwirbt. Zwar wurde in der Rechtsprechung auf diesem Wege sogar ein unmittelbarer Erwerb angenommen, wenn ein Vertreter für den Vertretenen erwerben wollte und dem Geschäftsgegner die Person des Erwerbers gleichgültig ist³⁾, doch handelte es sich dabei um eine fragwürdige Vermengung des § 181 und der antezi-

1) Vgl. Palandt-Hoche, §§ 929, 6 B a) m.w.N.

Ähnliche Fragen entstehen beispielsweise auch beim Vermieterpfandrecht etc., vgl. Palandt-Hoche, § 929, 6 B d) m.w.N.

2) S.o.S. 15.

3) Z.B. RGZ 100, 190; 109, 167; 140, 229.

pierten Einigung mit dem "Handeln für den es angeht"¹⁾. So ist es für § 181 und eine antezipierte Einigung nicht erforderlich, daß dem Geschäftsgegner die Person des Erwerbers gleichgültig ist. Insbesondere, wenn die Rechtsprechung als Grundlage derartiger, vom Wortlaut des § 181 nicht umfaßter Konstruktionen ein Bargeschäft des täglichen Lebens verlangte, forderte sie etwas, was bei Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips des § 164 II zum Schutze des Veräußerers sinnvoll und konstruktiv haltbar ist²⁾, im Rahmen des § 181 und der antezipierten Einigung jedoch einer inneren Rechtfertigung entbehrt und dogmatisch zweifelhaft ist.

Auch die Möglichkeit, das Volleigentum dem einen Ehegatten nur für eine juristische Sekunde zu belassen und den Miteigentumsanteil erst anschließend abzuspalten und auf den Ehegatten durch antezipierte Einigung und antezipiertes Besitzkonstitut übergehen zu lassen, bliebe dann im Rahmen der hier vorliegenden Untersuchung ohne besondere Bedeutung. Weiterhin kann dann auch ein sogenannter Auftrag zum gemeinschaftlichen Erwerb zunächst unberücksichtigt bleiben, da er allenfalls einen obligatorischen Anspruch aus § 667 auf Übertragung des Anteils vermitteln könnte³⁾. Bei Mitarbeit der Ehefrau im Beruf oder Geschäft ihres Ehemannes gemäß § 1356 II kann insoweit auch die Untersuchung einer Innengesellschaft unterbleiben, da diese keinen Einfluß auf die Eigentumsverhältnisse hat⁴⁾, sondern nur zu einer wirtschaftlichen Substanzbeteiligung führt.

I. Miteigentumserwerb der Ehefrau auf Grund gesellschaftsrechtlicher Vorschriften

Vor Erlaß des Gleichberechtigungsgesetzes wurde häufig versucht, das von beiden Seiten angeblich erstrebte Miteigentum auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage zu konstruieren⁵⁾.

-
- 1) v. Lübtow, ZHR 112, 238; Enneccerus-Nipperdey, § 179 III 3 a; Alsberg, JW 31, 1198 in einer kritischen Anmerkung zu RG JW 31, 540; ähnlich auch Cohn, S. 149; Lehmann, Allgemeiner Teil, § 36 IV 2 c.
 - 2) S.u.S. 98 ff.
 - 3) S.u.S. 155.
 - 4) Erman-Bartholomeyczik, § 1362, 7; Larenz, § 56 V b.
 - 5) S.o.S. 22 Fußn. 1.

Tatsächlich läßt sich bei oberflächlicher Betrachtung nicht übersehen, daß die BGB-Gesellschaft und die Ehegemeinschaft in rechtlicher Hinsicht gewisse vergleichbare Züge aufweisen, wie ein Vergleich des § 708 mit § 1359 zum Beispiel oder der §§ 715, 712 mit § 1357 II zeigt¹⁾. Ein echtes Gesellschaftsverhältnis hätte allerdings zur Voraussetzung, daß die Eheleute ihre Interessen- und Rechtsverknüpfung in den Dienst einer gemeinschaftlichen Aufgabe stellen²⁾. Doch ist die eheliche Gemeinschaft selbst keine derartige gemeinschaftliche Aufgabe³⁾. Denn es müßte sich um einen gemeinsamen, über die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft selbst hinausgehenden Zweck handeln, wie zum Beispiel den Wunsch, "durch ihre Zusammenarbeit voranzukommen oder ihren Betrieb in die Höhe zu bringen"⁴⁾. Daher ist es auch nicht möglich, diese Aufgaben im gemeinschaftlichen Erwerb zu erblicken⁵⁾. Auch dieser Erwerb müßte das Mittel zur Erreichung eines weiteren gemeinschaftlich zu verfolgenden Zieles sein. Zwar ist die spätere gemeinsame Benutzung ein über den Erwerb hinausgehender weiterer Zweck, doch ist dieser der Ehe selbst eigentümlich, da die Eheleute durch Eheschließung verpflichtet sind, alles zu tun, was zur Erreichung einer vollen Lebensgemeinschaft erforderlich ist, § 1353. Dazu gehört auch, daß sie sich einen häuslichen Bereich schaffen, zu dem zwangsläufig auch Hausrat und sonstige gemeinschaftlich zu benutzende Gegenstände gehören⁶⁾. Die Eheleute erwerben daher nicht, um einen über die Ziele der Ehe hinausgehenden Zweck zu verfolgen, sondern weil sie sich zur Ehe zusammengeschlossen haben und sich daher entsprechend verhalten müssen. Der Zweck ist also mit dem Eheschluß bereits "vorhanden" und der Ge-

1) Weitere Ähnlichkeiten versucht Müller-Freienfels, Festschrift, S. 407 f. nachzuweisen.

2) BGH FamRZ 60, 58 ff(59); Erman-Bartholomeyczik, § 1363, 4.

3) BGH FamRZ 61, 431; Erman-Bartholomeyczik a.a.O.

4) BGH FamRZ 60, 58 ff.

5) So aber Schlottmann, DJ 41, 624 II; Marthaus, DJ 41, 821; wohl auch Alebrand, FamRZ 55, 348 ff(349).

6) Vgl. z.B. Staudinger-Hübner, § 1353 Rdnr. 15.

sellschaft daher nicht typisch¹⁾.

Voraussetzung eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen den Ehegatten wäre weiterhin der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages. Es müßten sich zumindest Anhaltspunkte finden lassen, die es rechtfertigten, einen derartigen Vertragsschluß zu bejahen²⁾. Zwar könnte dieser Gesellschaftsvertrag auch stillschweigend geschlossen werden, auch brauchten sich die Ehegatten nicht der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung ihrer Verhältnisse eindeutig bewußt zu sein, doch reicht allein das Wollen, auf Grund gemeinschaftlicher Finanzierung beispielsweise auch gemeinschaftlich zu erwerben, nicht aus, um die Annahme eines Vertragsschlusses zu rechtfertigen³⁾. Auch aus der gegenseitigen Verpflichtung zur Ehegemeinschaft gemäß § 1353 läßt sich kein anderes Ergebnis herleiten. Es handelte sich dabei sonst nur um eine ähnlich bedenkliche Fiktion, wie jener vom Bundesgerichtshof anerkannte⁴⁾, zwischen den Ehegatten angeblich abgeschlossene "Gebrauchsüberlassungsvertrag nach Art der Leihe"⁵⁾, wenn man ohne einen konkreten Anhaltspunkt den stillschweigenden Abschluß eines Gesellschaftsvertrages bejahte. Diese Schwierigkeiten mit Hilfe eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses zu umgehen⁶⁾, ist ebensowenig über-

-
- 1) Konsequenterweise hat daher die Rechtsprechung (z.B. BGH FamRZ 60, 58 ff, 60) verneint, daß beim Erwerb eines Grundstücks durch Ehegatten die Absicht, in einem auf diesem Grundstück noch zu errichtenden Hause zu wohnen, ein Zweck im Sinne des Gesellschaftsrechts sei. Denn der Zweck, in dem Haus zu wohnen, erfordere keinen Zusammenschluß der Ehegatten zu einer Gesellschaft. Die Verpflichtung der Ehegatten, die der ehelichen Gemeinschaft zugrundeliegenden Zwecke zu fördern, ergebe sich bereits unmittelbar aus der ehelichen Gemeinschaft selbst.
 - 2) BGHZ 8, 249; BGH FamRZ 54, 136; Thiele, FamRZ 58, 115 ff (119).
 - 3) Vgl. auch Reinicke in seiner ablehnenden Anmerkung zu LG Göttingen NJW 55, 1359.
 - 4) BGHZ 12, 380 ff(399): die mit ihrem Ehemann in Gütertrennung lebende Ehefrau nahm ihren Ehemann in die ihr gehörende Wohnung auf; dann soll, "auch wenn keine besondere Vereinbarung der Ehegatten vorliegt, mit Rücksicht auf die gegenseitige Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353) der stillschweigende Abschluß eines Gebrauchsüberlassungsvertrags nach der Art der Leihe (§ 598) anzunehmen" sein.
 - 5) Mit besonderer Schärfe ablehnend Gernhuber, FamRZ 59, 265 ff(269).
 - 6) So aber Thiele, FamRZ 58, 115 ff.

zeugend. Die Schwierigkeiten wären durch dieses rechtsdogmatische Novum nicht aufgehoben, sondern nur verlagert. So bestünde in derartigen gesellschaftsähnlichen Verhältnissen beispielsweise gemäß § 714 an sich konsequenterweise Gesamtvertretung. Diese würde zwar teilweise durch die Schlüsselgewalt der Frau durchbrochen, da der rechtsähnlichen Anwendung des Gesellschaftsrechtes diese speziell familienrechtlichen Vorschriften vorgehen müßten¹⁾. Ansonsten aber müßte es bei der Regelung des § 714 verbleiben, will man diese Vorschrift wegen der möglicherweise andersartigen Eigentumslage in einem echten Gesellschaftsverhältnis²⁾ für die Ehegemeinschaft nicht ganz ausschließen. Um die Schwerfälligkeit der Gesamtvertretung zu beseitigen, müßte der eine Ehegatte als Gesamtvertreter dem anderen entweder Vollmacht erteilen, oder dessen rechtsgeschäftliches Handeln gem. § 177 nachträglich genehmigen³⁾. Das bedeutet jedoch nur einen Umweg ohne Gewinn. Denn auch nach allgemeinen Regeln können sich die Ehegatten untereinander bevollmächtigen oder dem ohne Vollmacht für beide Ehegatten abgeschlossenen Geschäft durch Genehmigung nachträglich Wirkung verleihen⁴⁾.

Bei Anwendung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften ergäben sich weiterhin im Rahmen des § 718 ähnliche Schwierigkeiten hinsichtlich der "durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände"⁵⁾, wie im Rahmen des § 164 hinsichtlich der Erkennbarkeit des Vertreterhandelns, wenn der nach außen auftretende Ehegatte nicht genügend deutlich macht⁶⁾, auch für seinen Ehepartner handeln zu wollen.

-
- 1) Müller-Freienfels, Festschrift, S. 406 f, dort auch Fußn. 71 und 72; Thiele, FamRZ 58, 115 ff(119).
 - 2) Gesamthandseigentum im Gegensatz zu Bruchteilseigentum.
 - 3) Gegen RGZ 61, 223 ff ist das für die Gesamtvertretung heute allgemein anerkannt, so z.B. RGZ 81, 325 ff; 112, 215 ff; Erman-Böhle-Stamschröder, § 167, 11.
 - 4) Dazu ausführlich Fahr, S. 107 ff.
 - 5) Gegen die h.M. (Staudinger-Keßler, § 718 Rdnr. 3 und 4; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 37; Esser, § 177, 1 b; Palandt-Gramm, § 718, 2 b; RGRK-Fischer, § 718 Anm. 5; Larenz, § 56 IV b; Thiele, FamRZ 58, 115 ff(116)) will nur eine Minderansicht (Enneccerus-Lehmann, § 719 I 2; Oertmann, § 718, 2 b; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 718 Rdnr. 3) für den unmittelbaren Erwerb der Gesellschafter durch das Handeln eines vertretungsberechtigten Gesellschafters vom Handeln im fremden Namen absehen (ein Streit, der angesichts des "Handelns für den es angeht" etwas an Bedeutung verloren hat).
 - 6) S.u.S. 13 f.

Eine Reihe anderer Vorschriften des Gesellschaftsrechts wäre schlechthin unanwendbar, so die §§ 721 f und 730 ff. Vom eigentlichen Gesellschaftsrecht bliebe daher nur ein denaturierter und rechtsdogmatisch fragwürdiger Rest, der nur zu komplizierten Lösungen führte; dagegen dort, wo die mit Hilfe allgemeiner Vorschriften vorgenommenen Konstruktionen zum Erwerb von Miteigentum auf Schwierigkeiten stoßen, keine Vorteile enthielte.

II. Miteigentumserwerb der Ehefrau durch Vertreterhandeln ihres Ehemannes

Macht der Ehemann bei der Übereignung des Kaufgegenstandes deutlich, daß er nicht nur für sich, sondern auch für seine Ehefrau erwerben will, hat er zudem die Rechtsmacht, dergestalt für seine Ehefrau aufzutreten, so können die Ehegatten möglicherweise Miteigentum nach Bruchteilen am Kaufgegenstand erwerben.

1. Die sachenrechtlichen Voraussetzungen eines gleichzeitigen Miteigentumserwerbs beider Ehegatten

a) Die dingliche Einigung hinsichtlich beider Miteigentumsanteile

Der Ehemann müßte sich hinsichtlich des einen Bruchteils, den er selbst erwerben möchte, und auch hinsichtlich des anderen Bruchteils, den seine Ehefrau erwerben soll, mit dem Veräußerer einigen. Bei Miteigentum nach Bruchteilen besteht, aufgeteilt auf den Gesamt- und Individualbereich, eine gestufte Rechtsmacht am Gegenstand¹⁾. Auf der Stufe des einzelnen Miteigentümers sind hinsichtlich des Bruchteils grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften wie §§ 929 ff, 164 ff etc. anzuwenden. Eine Einigung des Ehemannes im Sinne des

1) So insbesondere Soergel-Schultze-v.Lausaulx, vor § 741 Rdnr. 10, 11, 12 m.w.N.; zur inneren Trennung der einzelnen Bruchteile wurden noch andere Theorien vertreten, so die Sachteilungs-, Wertteilungs-, Rechtsteilungs- und die Unterteilungstheorie (Nachweise bei Lampe, §§ 6 - 11).

§ 929 als Erwerber und als Vertreter seiner Ehefrau hinsichtlich der einzelnen Bruchteile ist daher insoweit möglich.

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht, die auch im Rahmen der §§ 929 ff einen Vertrag zugunsten Dritter zulassen will¹⁾, müßte grundsätzlich auch eine Einigung zwischen dem Veräußerer und dem Ehemann zugunsten der Ehefrau im Sinne des § 328 hinsichtlich des einen Bruchteils möglich sein. Doch wird man einen dinglichen Vertrag zugunsten Dritter im Rahmen der §§ 929 ff ablehnen müssen²⁾. Denn das Gesetz setzt eine Einigung zwischen dem verlierenden und dem gewinnenden Teil voraus, wie insbesondere der Wortlaut des § 873 zeigt. Wer im Sachenrecht ein Recht erwerben will, muß an der Einigung teilnehmen, soweit es sich nicht um die Begründung eines dinglichen Rechts handelt, das einen Leistungsanspruch gewährt³⁾. Im Schuldrecht wird durch § 328 dem Dritten lediglich ein Forderungsrecht zugeordnet, während der Vertrag, der Rechtsgrund für die Zuwendung an den Dritten ist, zwischen dem Verhandlungspartner bestehen bleibt. Dagegen erschöpft sich bei der sachenrechtlichen Einigung im Rahmen des § 929 die Wirkung grundsätzlich in der Herbeiführung der Rechtsänderung und ist daher dem § 328 wesensfremd.

Nach einer anderen Ansicht soll gemäß § 185 nicht nur die Veräußerung fremder Sachen im eigenen Namen zulässig sein, sondern in analoger Anwendung auch der Erwerb von Sachen im eigenen Namen mit unmittelbarer Wirkung für einen Dritten, wenn der Dritte damit einverstanden ist⁴⁾, so daß auf diesem Wege auch der Ehemann unmittelbar für seine Ehefrau miterwerben könnte. Mit Hilfe einer derartigen Konstruktion aber würde das sachenrechtliche Publizitätsprinzip in sein Gegenteil verkehrt werden. Während bei einer Verfügung im Rahmen des § 185 Recht und Rechtsschein auf Grund der Besitzlage und der Ermächtigung übereinstimmen, würde bei einer analogen Anwendung des § 185

1) Westermann, § 3 II 4 m.w.N.

2) H.M., z.B. RG in ständiger Rspr., z.B. RGZ 148, 263; BGHZ 41, 95; Palandt-Danckelmann, Einf. vor § 328, 5 c) m.w.N.

3) H.M., vgl. z.B. Palandt-Danckelmann a.a.O.

4) v. Tuhr, § 84 III (S. 350); Manigk, HdWbRw III, S. 309 ff (312).

in der vorgeschlagenen Weise Recht und Rechtsschein erst in Widerspruch gebracht werden. Denn es würde eine nach außen hin völlig unbeteiligte, nicht besitzende dritte Person erwerben. Das aber ist dem § 185 fremd, so daß auch dieser Weg für einen Miteigentumserwerb der Ehefrau ausscheidet¹⁾.

Es bleibt daher für den Ehemann lediglich die Möglichkeit, bei der Einigung auch als Vertreter seiner Ehefrau zu handeln.

b) Die Übergabe hinsichtlich beider Miteigentumsanteile

Denkbar ist, daß dem allein auftretenden Ehemann der Kaufgegenstand sofort ausgehändigt wird. Ebenso ist es aber möglich, daß der Kaufgegenstand, insbesondere wenn es sich um sperriges, nur schwer transportables Gut handelt, vom Veräußerer direkt zur ehelichen Wohnung geschafft wird.

Übergibt der Veräußerer dem Ehemann den Kaufgegenstand sofort, so liegt hinsichtlich des Miteigentumsanteils, den der Ehemann erwerben will, eine ausreichende Übergabe vor. Fraglich könnte das jedoch hinsichtlich des Miteigentumsanteils sein, den die Ehefrau erwerben soll.

An anderer Stelle wurde schon festgestellt, daß das Miteigentum grundsätzlich wie Volleigentum behandelt wird und daher auch wie Volleigentum übertragen werden kann. Zur Übertragung des Volleigentums muß der Veräußerer im Rahmen des § 929, 1 jedoch jegliche Besitzposition verlieren und den unmittelbaren Besitz auf den Erwerber oder dessen Besitzmittler übertragen²⁾, während zur Einräumung von Miteigentum die Übertragung von Mitbesitz ausreicht³⁾. Entsprechend der Übertragung von Volleigentum müßte auch bei der Einräumung von Miteigentum der unmittelbare Mitbesitz dem Erwerber selbst oder dessen Besitzmittler übertragen werden können. Soll jedoch Miteigentum gem. § 929, 1 dergestalt übertragen werden, daß der Veräußerer sein Volleigen-

1) Allgemein wird diese Theorie heute abgelehnt, vgl. insbesondere Cohn, S. 151 f; Lehmann, Allgemeiner Teil, § 36 IV 2 c.

2) So die heute völlig h.M., z.B. Erman-Westermann, § 929, 7 m.w.N.

3) So die heute völlig h.M., z.B. Palandt-Gramm, § 747, 2.

tum aufgeteilt auf zwei Erwerber überträgt, so müßte der Veräußerer wiederum jegliche Besitzposition verlieren und die Erwerber grundsätzlich Mitbesitz erlangen. Auch hier müßte es aber an sich ausreichen, wenn nicht die Erwerber selbst, sondern deren Besitzmittler den unmittelbaren Mitbesitz erlangten. Besitzmittler des einen Erwerbers müßte dann aber auch der andere Erwerber sein können. Das aber hieße, daß der Ehemann, wenn er vom Veräußerer den unmittelbaren Besitz erlangt, seiner Ehefrau mittelbaren Mitbesitz mitteln könnte.

Doch könnte dieser Konstruktion die Theorie vom gleichstufigen Mitbesitz entgegenstehen. Nach heute überwiegend vertretener Ansicht¹⁾ ist Mitbesitz unter Personen möglich, die entweder dieselbe Sache als unmittelbare Mitbesitzer oder als mittelbare Mitbesitzer gleichen Grades²⁾ beherrschen. Würde diese Ansicht im Rahmen der vorliegenden Untersuchung konsequent durchgeführt werden, so wäre ein unmittelbarer Miteigentumserwerb der Ehefrau in der oben beschriebenen Weise nicht möglich, da auf ihrer Besitzstufe nicht ebenfalls der Ehemann stände. Denn der Ehemann würde lediglich unmittelbar besitzen, wäre aber keineswegs gleichzeitig mittelbarer Mitbesitzer.

Die herrschende Meinung wird jedoch von ihren eigenen Vertretern nicht derart eng angewandt. So zum Beispiel, wenn die Vertreter der herrschenden Meinung anerkennen, daß der eine Mitbesitzer Eigenbesitzer, der andere jedoch Fremdbesitzer ist³⁾. Denn dem unmittelbar mitbesitzenden Eigenbesitzer steht konsequenterweise an sich noch eine mittelbare Besitzposition zu, die ihm bei Bestehen eines zumindest vermeintlichen, konkreten

1) Palandt-Hoche, § 866, 1 und § 868, 1; Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 9 I; Eichler, 1. Kap. C II 2 a (S. 26, Fußn. 56); Heck, Sachenrecht, § 15, 2 b; Wolff, Ihering I 44, 146 ff (148, dort auch Fußn. 11); a.A. Otto v. Gierke, Sachenrecht, § 114 III 6; Erle, S. 114 ff (146 ff); vgl. auch Rohde, S. 6 m.w.N. für früher vertretene Ansichten.

2) So z.B. bei Treuhänderschaft eines Notars für Mehrere, vgl. Erman-Westermann, § 868, 7.

3) Das wird von der h.M. allgemein anerkannt, vgl. z.B. Palandt-Hoche a.a.O.; Erman-Westermann, § 866, 1; speziell zu § 1206 z.B. RG SeuffA 62, 57; Palandt-Hoche a.a.O.; Erman-Westermann a.a.O.; Wolff-Raiser a.a.O.; Eichler a.a.O.; vgl. auch den Fall des § 1081 II.

Besitzmittlungsverhältnisses vom mitbesitzenden Fremdbesitzer gemittelt würde. Auch wenn einige Vertreter der herrschenden Meinung für die Übereignung des Volleigentums unter Eheleuten bei fortbestehendem Mitbesitz im Rahmen des § 929, 1 es ausreichen lassen, daß der veräußernde Ehegatte den Mitbesitz nunmehr als Besitzmittler für den erwerbenden Ehegatten ausübt¹⁾ oder daß eine "Häufung von brevi manu traditio und Besitzkonstitut" vorliegt²⁾, ist eine derartige Ansicht mit einer strengen Auslegung der Lehre vom gleichstufigen Mitbesitz nicht vereinbar. Denn auch in diesem Falle würde ein mittelbarer Mitbesitz des erwerbenden Ehegatten entstehen, dem ein gleichstufiger Mitbesitz nicht gegenüberstände.

In der Literatur wird neuerdings versucht, der herrschenden Meinung eine derartige Inkonsequenz vorzuwerfen³⁾. Diese Kritik verkennt jedoch den wirklichen Inhalt der herrschenden Meinung. Denn die Theorie vom gleichstufigen Mitbesitz will wohl nur verhindern, daß einerseits mittelbarer und unmittelbarer Besitzer als Mitbesitzer angesehen werden und daß andererseits verschiedenstufige Mitbesitzer allein auf Grund ihres verschiedenstufigen Mitbesitzes auch untereinander die Stellung von Mitbesitzern zuerkannt wird. Anders ist es jedoch, wenn von zwei unmittelbaren Mitbesitzern der eine Eigen- und der andere Fremdbesitzer ist, und die Besitzposition desjenigen untersucht wird, dem der unmittelbar mitbesitzende Fremdbesitzer seinen Besitz mittelt. Er besitzt zwar auf seiner Besitzstufe nicht gleichzeitig mit einem anderen. Denn es ist nicht denkbar, daß der mitbesitzende Eigenbesitzer sich selbst den entfernteren Mitbesitz mittelt. Die Position des unmittelbar mitbesitzenden Eigenbesitzes umfaßt aber praktisch die Stufe des entfernteren mittelbaren Mitbesitzes mit, die im Falle des Fremdbesitzes tatsächlich entstehen würde. Der mit-

1) So Palandt-Hoche, § 866, 1 gegenüber Palandt-Hoche, § 929, 3 a; ähnlich RGRK-Johannsen, § 930, Anm. 8; dazu auch unten Seite 151.

2) Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 9 I gegenüber Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 66 Fußn. 31; dazu auch unten Seite 151.

3) So insbesondere Erle, Die Besitzverhältnisse unter Ehegatten seit Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes, S. 114 ff.

besitzende Fremdbesitzer dagegen kann durch ein Besitzmittlungsverhältnis allenfalls den Besitz mitteln, den er selbst inne hat; er kann daher nur mittelbaren oder weiteren mittelbaren Mitbesitz begründen¹⁾.

Der unmittelbar besitzende Eigentümer kann daher einem anderen Miteigentum nach Bruchteilen übertragen, indem er sich mit ihm hinsichtlich des zu veräußernden Anteils dinglich einigt und ihm mittelbaren Mitbesitz dadurch einräumt, daß er einen Besitzmittler des Erwerbers unmittelbar mitbesitzen läßt. Dann aber kann konsequenterweise auch ein Ehemann seiner Ehefrau beim Erwerb den für ihren Miteigentumserwerb erforderlichen Mitbesitz mitteln, so daß insoweit keine Bedenken gegen einen Miteigentumserwerb der beim Erwerbsakt nicht anwesenden Ehefrau bestehen.

Weniger problematisch ist es, wenn der Kaufgegenstand nicht sofort ausgehändigt wird. Ist der Kaufpreis bereits bezahlt, wird der Veräußerer dem Erwerber den Besitz mitteln, so daß eine Übereignung nach § 930 vorliegt²⁾. Gleiches wird auch dann gelten, wenn ein Kreditkauf vereinbart wird und sich der Veräußerer dennoch über den unbedingten Eigentumsübergang einigt. Da § 930 auch auf Miteigentum anzuwenden ist, wird die Ehefrau daher in den hier in Frage stehenden Fällen Miteigentum erwerben, wenn der Ehemann mit dem Veräußerer nicht nur für sich, sondern auch für sie ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 abschließt und damit sich und seine Ehefrau mittelbare Mitbesitzer werden läßt.

Wird der Kaufgegenstand dagegen weder sofort ausgehändigt, noch ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart, so erlangen die Ehegatten in aller Regel gleichzeitig unmittelbaren Mitbesitz, wenn der Gegenstand in die eheliche Wohnung geliefert wird. Hier kann sich der Miteigentumserwerb ohne besondere dogmatische Schwierigkeiten vollziehen.

1) So ausdrücklich auch RGRK-Johannsen, § 930, Anm. 8.

2) Baur, § 51 V 7 a, aa; Westermann, § 40 II 2 b.

c) Das dem mittelbaren Mitbesitz der Ehefrau zugrunde liegende Besitzmittlungsverhältnis

Der mittelbare Mitbesitz der Ehefrau hat zur Voraussetzung, daß der Ehemann ihr den Mitbesitz auf Grund eines Besitzmittlungsverhältnisses mittelt. Die heute völlig herrschende Meinung verlangt zu Recht ein konkretes Besitzmittlungsverhältnis¹⁾. Um der Ehefrau mittelbaren Besitz einzuräumen, genügt daher weder das ohne Beziehung auf einen bestimmten Verpflichtungsgrund abgegebene Versprechen, auch für die Ehefrau zu besitzen²⁾, noch viel weniger ein entsprechender nicht geäußelter, bloß innerlicher Wille.

Fraglich erscheint aber, ob das zur Besitzmittlung erforderliche konkrete Besitzmittlungsverhältnis auch unter Eheleuten besonders vereinbart werden muß. Denkbar wäre insoweit die antizipierte Vereinbarung³⁾ oder die bereits im Zeitpunkt des Erwerbs gegebene Vereinbarung durch Insichkonstitut gemäß § 181⁴⁾. Sowohl die antizipierte Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses wie auch die Vereinbarung durch Insichkonstitut würde hinsichtlich der Übergabe für einen unmittelbaren Eigentumserwerb der Ehefrau ausreichen⁵⁾. Möglicherweise könnte auch ein Auftrag zwischen den Ehegatten bestehen und das Besitzmittlungsverhältnis bilden. Unter Umständen reichte aber auch das auf Grund einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag im Zeitpunkt der Übergabe durch den Veräußerer entstehende Besitzmittlungsverhältnis⁶⁾ oder sogar die eheliche Lebensgemeinschaft selbst zur Begründung des mittelbaren Mitbesitzes der Ehefrau aus. Bedeutsam kann diese Unterscheidung deshalb werden, weil sich der durchschnittliche Ehegatte kaum rechtlich relevante Vorstellungen hinsichtlich eines Besitzmittlungsverhältnisses machen

1) So die heute völlig h.M., z.B. Staudinger-Seufert, § 868, Rdnr. 11 unter d; Westermann, § 40 II 2 b; RG i.st.Rspr. (z.B. RGZ 49, 170 ff; 54, 396 ff(398)).

2) So aber Heck, Sachenrecht, § 56, 7.

3) Allgemein anerkannt, Westermann, § 40 III; v. Lübtow, ZHR 112, 255 ff; RGZ 56, 52 ff(54); 135, 367 ff.

4) Allgemein anerkannt, Staudinger-Seufert, § 868, Rdnr. 11 unter e; Westermann, § 40 IV, § 42 IV 2; RGZ 63, 403 ff (405).

5) Vgl. z.B. Erman-Westermann, § 929, 17; Palandt-Danckelmann, § 164, 1 a.E.

6) Anerkannt nach h.M., Staudinger-Seufert, § 868, Rdnr. 15 m.w.N.; Cohn, S. 156 m.w.N.

wird, so daß die Annahme einer antezipierten Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses oder ein Besitzmittlungsverhältnis durch Insichgeschäft unter Ehegatten häufig fiktiven Charakter haben wird¹⁾. Dagegen ist die Annahme eines Auftrags - insbesondere bei spontanen Käufen - häufig nicht gerechtfertigt, während eine Geschäftsführung ohne Auftrag an den Geschäftsführungswillen des Ehemannes und das Interesse und den Willen der Ehefrau Anforderungen stellt, die sich nicht schon immer dann ohne weiteres werden bejahen lassen, wenn der Ehemann das Eigentum auch für seine Ehefrau miterwerben will. Weniger problematisch wäre dagegen der mittelbare Mitbesitz der Ehefrau, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft selbst ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 darstellen würde.

Jedem Ehegatten steht an den meisten gemeinschaftlich mit seinem Ehepartner benutzten Gegenständen, insbesondere am Hausrat, ein Recht auf Mitbenutzung und Mitbesitz zu. Dieses Recht läßt sich nicht mehr, wie es zum Teil vor dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes angenommen wurde, aus der Eigentumslage oder aus dem Besitzrecht gegenüber Dritten oder dem Ehegüterrecht selbst entnehmen²⁾. Auch ist die gegenseitige Unterhaltspflicht nicht Grundlage dieses Rechts³⁾, da das Recht auf Mitbesitz weit über die Gegenstände hinausgehen kann, die vom Unterhaltsrecht umfaßt werden⁴⁾. Das Recht auf Mitbesitz folgt vielmehr aus der ehelichen Lebensgemeinschaft, aus § 1353⁵⁾. Fließt aber aus der Ehegemeinschaft das Recht auf Mitbesitz, so ist es angängig, dieses eheliche Gemeinschaftsverhältnis auch im Rahmen des § 868

- 1) Gleiches gilt hinsichtlich eines durch Vertrag zugunsten Dritter zwischen dem Veräußerer und dem Ehemann abgeschlossenen Besitzmittlungsverhältnis; zu Recht verlangt hier überdies die überwiegende Ansicht, daß der Dritte durch irgendeine Zustimmungserklärung einen Besitzbegründungswillen zu erkennen gibt, z.B. Staudinger-Seufert, § 868 Rdnr. 10 m.w.N.; Westermann, § 19 I 2 (vgl. aber auch RG JW 38, 3182).
- 2) Vgl. dazu Erle, S. 60 ff mit ausführlichen Nachweisen zu den früher vertretenen Ansichten.
- 3) Unter anderen vertreten von Kremer, S. 73 u. 88 ff.
- 4) Erle, S. 72 ff; Gernhuber, FamRZ 59, 468.
- 5) Bosch, FamRZ 57, 194; Beitzke, Lehrbuch, § 11 III 2 g; Palandt-Lauterbach, § 1353, 2; Brühl, S. 215; vgl. BGHZ 12, 380 ff(398 ff); vgl. auch Erle, S. 80 f.

als Besitzmittlungsverhältnis anzusehen¹⁾, das grundsätzlich auch zur Besitzmittlung unter Ehegatten genügt. Erlangt daher der Ehemann vom Veräußerer die tatsächliche Gewalt über den Kaufgegenstand, so wird die beim Erwerbsakt nicht anwesende Ehefrau mittelbare Mitbesitzerin, falls der Ehemann auch für sie besitzen will und dadurch den neuerworbenen Gegenstand in das aus der Ehegemeinschaft fließende Besitzmittlungsverhältnis miteinbezieht²⁾. Das aber ist immer dann der Fall, wenn er "für den Haushalt"³⁾ besitzen und erwerben will⁴⁾.

2. Die vertretungsrechtlichen Voraussetzungen eines gleichzeitigen Miteigentumserwerbs beider Ehegatten

Soll die Ehefrau Miteigentum gleichzeitig mit ihrem Ehemann erwerben, so ist erforderlich, daß auch die dingliche Einigung hinsichtlich beider Eigentumsbruchteile gleichzeitig erfolgt. Der Ehemann müßte daher die Einigungserklärung hinsichtlich des Anteils, den seine Ehefrau erwerben soll, grundsätzlich als bevollmächtigter Vertreter in deren Namen abgeben und gleichzeitig bei der Abgabe der Einigungserklärung hinsicht-

-
- 1) Palandt-Hoche, § 929, 3 a, § 866, 1 b; Staudinger-Hübner, Vorbem. 25 zu § 1353 ff; Staudinger-Seufert, § 868, Rdnr. 18; Erle, a.a.O.; Westermann, § 20 I (für den Fall der §§ 1413 oder 1421) im Gegensatz zu § 40 II 3 (für die Zugewinnngemeinschaft).
 - 2) Dagegen widerspricht es der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353) und auch der Lebenserfahrung, einen der Ehegatten als Besitzdiener des anderen anzusehen (vgl. z.B. Staudinger-Felgentraeger, § 1363 Rdn. 8); es fehlt am sozialen Abhängigkeitsverhältnis.
 - 3) Nach Westermann, § 20 I und Staudinger-Hübner, Vorbem. 25 zu § 1353 ff, erlangt die Ehefrau mittelbaren Besitz, wenn der beim Kauf und Erwerb allein auftretende Ehemann den Kaufgegenstand für den Haushalt besitzen will; Westermann und Hübner gehen jedoch auf die Frage, ob es sich dabei um mittelbaren Mitbesitz handelt, nicht ein.
 - 4) Hier entsteht nicht der gleiche Streit wie im Rahmen des § 930; nach seinem Wortlaut verlangt § 930 die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses; streitig ist nun, ob dennoch das bloße Bestehen eines gesetzlichen Besitzmittlungsverhältnisses für § 930 ausreicht (so Westermann, § 40 II 3, vgl. auch ders. a.a.O. in der 1. Auflage, 1951), oder ob die Beteiligten die gesetzliche Folge von Anfang an im Auge haben mußten (s. z.B. Staudinger-Berg, § 930, Rdnr. 8); da aber § 868 im Gegensatz zu § 930 die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses nicht fordert, gewinnt der Streit hier keine Bedeutung; vgl. auch unten S. 152.

lich des anderen Anteils im eigenen Namen auftreten. Das gleichzeitige Auftreten im fremden und im eigenen Namen ist ohne weiteres denkbar und daher auch allgemein anerkannt¹⁾. Der Ehemann und auch der Veräußerer werden sich zwar einer derartigen rechtlichen Aufteilung ihrer Erklärungen in aller Regel nicht bewußt sein, doch muß es für den Eintritt der Doppelwirkung ausreichen, daß sie die Rechtsfolgen in der Person beider Ehegatten eintreten lassen wollen.

a) Anforderungen des Offenkundigkeitsprinzips an die Vertretererklärung des Ehemannes

Soll sich der Ehemann hinsichtlich eines Eigentumsbruchteils mit dem Veräußerer als Vertreter seiner Ehefrau dinglich einigen, so müßte er gemäß § 164 I entweder ausdrücklich in deren Namen auftreten oder die Umstände müßten den Schluß auf ein Handeln im Namen der Ehefrau zulassen.

Eine ausdrückliche Erklärung, beim Eigentumserwerb auch für die Ehefrau zu handeln, wird der Ehemann nur in seltenen Fällen abgeben. Ob dagegen Umstände vorliegen, die für ein Handeln in fremdem Namen sprechen könnten, ist unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und der natürlichen Auffassung der im Einzelfall gegebenen Lebensverhältnisse vom Standpunkt des Erklärungsempfängers aus zu beurteilen, §§ 133, 157. Beim Handeln eines Ehegatten für den anderen wird man allerdings an das Offenkundigkeitsprinzip keine allzu strengen Anforderungen stellen dürfen. Doch kann man, soweit das Offenkundigkeitsprinzip nicht mit Hilfe besonderer Konstruktionen ganz durchbrochen werden soll, auf die Erkennbarkeit des Handelns in fremdem Namen nicht völlig verzichten. So handelt ein Ehemann, der dem Veräußerer seine Verhehelichung kenntlich macht oder sogar darauf hinweist, der Erwerb sei mit der Ehefrau besprochen, weder ausdrücklich noch ohne weiteres in einer aus den Umständen erkenntlichen Weise auch für seine Ehefrau. Das gilt auch dann, wenn der Kaufgegenstand offensichtlich nur für die Ehefrau in ihrer

1) Erman-Böhle-Stamschräder, § 164, 2; Enneccerus-Nipperdey, § 178 II 2.

Eigenschaft als Hausfrau Bedeutung haben kann oder wenn erkennbar ist, daß der Gegenstand auch in ihrem Interesse gekauft und auch für sie bestimmt ist. Denn ein Handeln im Fremdinteresse macht noch nicht hinlänglich deutlich, daß die Rechtsfolgen unmittelbar in der Person eines Dritten eintreten sollen¹⁾, während die Erklärung, der Kaufgegenstand sei für einen anderen bestimmt, ebenfalls nicht als sicherer Hinweis gelten kann, der andere solle unmittelbar dinglich beteiligt werden²⁾. Es besteht für den Veräußerer immerhin noch die Möglichkeit, daß der Ehemann den Kaufgegenstand seiner Ehefrau zum Geschenk machen will und daher nicht schon jetzt³⁾ Eigentum auf sie übertragen will. Selbst wenn der Ehemann erkennen läßt, auch die Ehefrau sei finanziell am Erwerb beteiligt, liegt - ebenso wie im normalen Geschäftsleben⁴⁾ - noch kein sicherer Anhaltspunkt vor, daß er im konkreten Fall auch tatsächlich im Namen der Ehefrau handeln will. Endlich sind auch die schon erwähnten Formulierungen wie "wir wollen uns das anschaffen" und dergleichen, keine tauglichen Indizien, die auf eine beabsichtigte unmittelbare Fremdwirkung schließen lassen, da der Veräußerer die emotionalen Beweggründe derartiger Vereinfachungen durchaus spüren wird.

Eine offenkundigere Kennzeichnung der beabsichtigten Fremdwirkung wird der normale, nicht sehr rechtskundige Käufer aber in aller Regel nicht vornehmen. Da Unklarheiten der Vertretererklärung grundsätzlich zu Lasten des Vertreters gehen⁵⁾, würde der Ehemann entgegen seinem Willen, auch für die Ehefrau zu erwerben, gemäß §§ 164 II, 929 im allgemeinen Alleineigentümer werden.

-
- 1) Erman-Böhle-Stamschräder, § 164, 6; vgl. auch RG JW 18, 689; so wird der Kommissionär und Spediteur grundsätzlich immer im fremden Interesse tätig, ohne daß die Rechtsfolgen unmittelbar in der Person eines Dritten eintreten sollen, §§ 383, 407 HGB.
 - 2) Erman-Böhle-Stamschräder a.a.O.; OLG München, OLG 39, 167.
 - 3) Anders u.U., wenn zur Erfüllung eines Schenkungsversprechens, vgl. OLG Köln LZ 27, 263.
 - 4) Vgl. RG SeuffA 82, 20; Staudinger-Coing, § 164, Rdnr. 6.
 - 5) Enneccerus-Nipperdey, § 179 II; Lehmann, Allgemeiner Teil, § 36, IV 2 b.

b) Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips durch "Handeln für den es angeht"

Dem Erwerb eines Gegenstandes liegt entweder ein Bargeschäft oder ein Kreditgeschäft zugrunde. Ein Kreditgeschäft kann in der Form des eigentlichen Kreditgeschäfts abgeschlossen werden, wobei noch zu unterscheiden ist, ob der Veräußerer den Kaufgegenstand trotz Kreditabmachung sofort und unbedingt übereignet, oder ob er sich gemäß § 455 das Eigentum vorbehält. Ein Kreditgeschäft kann aber auch der sogenannte finanzierte Kauf getätigt werden. In allen Fällen ist es unter Umständen möglich, das Offenkundigkeitsprinzip bei der sachenrechtlichen Einigung durch ein dingliches "Handeln für den es angeht" zu durchbrechen.

aa) Dingliches "Handeln für den es angeht" bei Bargeschäften

Das Offenkundigkeitsprinzip wird zum Schutze des Verkehrs gefordert. Der Geschäftsgegner hat im allgemeinen ein Interesse daran, seinen Kontrahenten zu kennen, da er in aller Regel wissen möchte, mit wem er es zu tun hat und wen die Wirkungen des Geschäftes treffen, das heißt, wem gegenüber er verpflichtet und wem gegenüber er berechtigt ist und an wen er den Kaufgegenstand übereignet. Besteht aber im Einzelfall kein derartiges schützenswertes Interesse des Geschäftsgegners, so ist grundsätzlich auch kein Bedürfnis an der strengen Durchführung des Offenkundigkeitsprinzips anzuerkennen.

In den Fällen, wie sie in der vorliegenden Untersuchung in Frage stehen, in denen der Ehemann das Kausalverhältnis im eigenen Namen abschließen will¹⁾, im Rahmen des dinglichen Erfüllungsgeschäftes jedoch auch für seine Ehefrau handeln will, wird es an einem schützenswerten Interesse des Gegners insbesondere immer dann fehlen, wenn es sich um Bargeschäfte und um alltägliche Kaufobjekte handelt. Denn zumindest in diesen Fällen hat der Veräußerer kein besonderes Interesse, daß der Kauf-

1) Auf die Frage, ob ein schuldrechtliches "Handeln für den es angeht" möglich ist, kommt es daher hier nicht an, vgl. z.B. Erman-Böhle-Stamschräder, § 164, 13.

gegenstand als Zugriffsobjekt allein bei dem ihm als Vertragspartei und Erwerber erscheinenden Verhandlungspartner verbleibt. Denn der Kaufpreis ist gezahlt, und aus der Nichtübereinstimmung zwischen Erwerber und Partei des Kausalverhältnisses können sich für ihn keine Nachteile ergeben. Auch besteht im Zeitpunkt eines ausreichenden Warenangebots kein besonderes Interesse des Veräußerers, einen alltäglichen Kaufgegenstand der einen und nicht der anderen Person zu übereignen. Will der Ehemann daher einen barbezahlten alltäglichen Kaufgegenstand auch für seine Ehefrau erwerben und tritt dieser Wille auch objektiv irgendwie in Erscheinung¹⁾, so wird man das Offenkundigkeitsprinzip im Rahmen der Einigungserklärung hinsichtlich des Anteils, den die Ehefrau erwerben soll, durchbrechen können²⁾, da dem Veräußerer nach der objektiven Sachlage³⁾ die Person des Erwerbers bzw. des Miterwerbers gleichgültig sein kann.

-
- 1) Dazu reicht das Tätigwerden auf Grund des Innenverhältnisses aus, da anzunehmen ist, daß der Mittler sich pflichtgemäß verhält, Fahr, S. 104; v. Lübtow, ZHR 112, 227 ff (247 f); überwiegend wird eine derartige Erkennbarkeit allerdings nicht ausdrücklich als Voraussetzung für ein "Handeln für den es angeht" gefordert.
 - 2) So die heute überwiegende Meinung, z.B. Erman-Böhle-Stamschräder, § 164, 13; Enneccerus-Nipperdey, § 179 III 3 c; v. Lübtow, ZHR 112, 227 ff; aber auch eine Reihe anderer Ansichten kommt zum gleichen Ergebnis bei unterschiedlicher dogmatischer Begründung, so z.B. Cohn, S. 12 f und Lehmann, Allgemeiner Teil, § 36 IV 2 c, die diese Fälle nicht als Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips, sondern zusammen mit anderen Fällen "als rechtsgeschäftliches Handeln unter Offenhaltung der Person" auffassen; auch Staudinger-Coing, Vorbem. 49 vor § 164, zählt diese Fälle nicht unter das "Handeln für den es angeht", sondern gelangt durch eine teleologische Auslegung des § 164 zum gleichen Ergebnis; anderer Ansicht dagegen das RG (s.o. Seite 82 Fußn. 3), das das "Handeln für den es angeht" zum Teil ganz ablehnte und den Vertretern durch Insichkonstitut des Mittlers oder durch antezipierte Einigung unmittelbar Eigentum erwerben ließ.
 - 3) Es kommt dagegen nicht darauf an, was der Veräußerer im Einzelfall tatsächlich will, so h.M., z.B. Erman-Westermann, § 929, 17 m.w.N. gegen Enneccerus-Nipperdey, § 179 III c Fußn. 24 m.w.N.

bb) Dingliches "Handeln für den es angeht" bei Kreditgeschäften im engeren Sinne

Die Frage nach der Zulässigkeit eines dinglichen "Handelns für den es angeht" bei Kreditgeschäften wird sich nur immer dann ergeben, wenn ein Ehegatte das Kreditgeschäft allein abschließt. Der Veräußerer wird aber heute für Kreditgeschäfte bereits häufig verlangen, daß beide Ehegatten den schriftlichen Vertrag unterzeichnen¹⁾. Beide Ehegatten werden dann Partei des Kaufvertrages und beide Ehegatten werden daher in aller Regel auch unmittelbar Miteigentum bzw. das Anwartschaftsrecht auf Miteigentum erwerben²⁾, es sei denn, der mitunterzeichnende Ehegatte verbürgt sich nur für die Schuld des Ehepartners. Liegt jedoch ein Kreditgeschäft im engeren Sinne zwischen dem Veräußerer und dem Ehemann allein vor, so ist die Zulässigkeit des "Handelns für den es angeht" fraglich, gleichgültig, ob der Veräußerer den Gegenstand sofort und unbedingt oder unter Eigentumsvorbehalt übereignet.

Übereignet der Veräußerer trotz Kreditabmachung sofort, so lehnt die weitaus herrschende Meinung eine Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips durch "Handeln für den es angeht" ganz allgemein ab und läßt sie vereinzelt allenfalls dann zu, wenn der Veräußerer keinen Eigentumsvorbehalt vereinbart, obwohl ihm bekannt ist, daß der Käufer einen Handel betreibt, in den er den Kaufgegenstand mit einbeziehen will³⁾. Bei strenger Durchführung der herrschenden Meinung wäre im Rahmen echter Kreditgeschäfte ein dinglich wirkendes Handeln des Ehemannes "für den es angeht" nicht möglich. Doch vermag ein

1) Eine derartige Praxis wird heute insbesondere von Warenhäusern und überregionalen Handels- und Filialketten geübt; darauf wurde auch im Unterausschuß, 57. Protokoll, S. 18, hingewiesen, um die Bedeutung der Abzahlungskgeschäfte für die Eigentumsverhältnisse im Rahmen des § 1357 I, 2 abzuschwächen; vgl. auch Boehmer, Festschrift für Hedemann, S. 38; der diese Praxis im Rahmen einer Mitverpflichtung der Ehefrau für Schlüsselgewalt-Geschäfte erwähnt; vgl. auch das Niederländische Gesetz vom 14.6.1956 (Art. 164), nach dem Abzahlungskgeschäfte nur unter Mitwirkung beider Ehegatten möglich ist.

2) S.u.S. 127 und S. 148.

3) Lehmann, Allgemeiner Teil, § 36 IV 2 c; Enneccerus-Nipperdey, § 179 III 3 c; v. Lübtow, ZHR 112, 227 ff(255).

derartiges Ergebnis in letzter Konsequenz nicht immer zu überzeugen¹⁾. Denn der Veräußerer begibt sich beim Kreditkauf ohne Eigentumsvorbehalt seiner rechtlichen Herrschaft über den Kaufgegenstand durch Übereignung des vollen Eigentums im gleichen Umfang wie beim Barkauf. Beim Kreditkauf besteht für den Veräußerer gemäß § 137 keine dinglich wirkende Möglichkeit, den Erwerber an der Weiterveräußerung zu hindern. Auch im Rahmen des Anfechtungsgesetzes und der Konkursordnung entstehen hinsichtlich der Anfechtungstatbestände für den Veräußerer aus der unmittelbaren Übereignung an den Dritten grundsätzlich keine Nachteile, da in diesen Fällen auch die unmittelbare Übertragung des Miteigentums vom Veräußerer auf die Ehefrau eine Zuwendung durch den Ehemann im Sinne der Anfechtungstatbestände des Anfechtungsgesetzes und der Konkursordnung ist²⁾. § 45 KO, der bei erst nachträglicher erfolgreicher Übertragung auf die Ehefrau ohnehin nicht anwendbar gewesen wäre³⁾, greift daher auch hier nicht ein. Daher führt es ohne innere Rechtfertigung zu komplizierten Konstruktionen, wenn man zunächst nur den Ehemann allein erwerben läßt, obwohl die von ihm gewollte und sofort anschließend durch Insichgeschäft vorgenommene oder auf Grund einer antezipierten Vereinbarung von selbst erfolgende Weiterübergang des Eigentums nicht verhindert werden kann. Auch bleibt der Kaufgegenstand dem Veräußerer bei unmittelbarem Miterwerb der Ehefrau im gleichen Umfang erhalten, wie bei einem zeitlich nachfolgenden Erwerb. In beiden Fällen sind seine Aussichten bei einem Rücktritt gleich. Er kann in beiden Fällen den Anteil des Mannes gemäß § 875 ZPO und den Gegenstand selbst gemäß § 808 ZPO in Verbindung mit § 1362 und § 739 ZPO pfänden und muß im letzteren Fall immer mit einer Drittwiderspruchsklage der Ehefrau rechnen usw.⁴⁾. Unabhängig vom tatsächlichen Willen

1) Kritisch auch v. Tuhr, Allgemeiner Teil II 2, S. 350; Eichler, S. 31; Langen, S. 96 ff(103); weitere Nachweise bei v. Lübtow, ZHR 112, 227 ff(254 FuBn. 104).

2) S.o.S. 15.

3) S.o.S. 11.

4) Gleiches gilt auch für die Verteidigung gegen die Drittwiderspruchsklage gemäß § 3 I Nr. 4 Auf.G. Auch hinsichtlich des § 5 AbsG, der entgegen seinem Wortlaut von der n.M. auch auf Geschäfte ohne Eigentumsvorbehalt angewandt wird (vgl. Erman-Weitnauer-Klingsporn, AbzG, § 5, 2), wird das gleiche gelten.

des Veräußerers und der Berechtigung des "Handelns für den es angeht" bei sonstigen Kreditgeschäften, muß es daher zumindest dann, wenn der Miterwerb eines Ehepartners in Frage steht, dem Veräußerer nach der objektiven Sachlage gleichgültig sein, ob der auf Kredit erwerbende Ehemann für seine Ehefrau miterwirbt.

Übereignet daher der Veräußerer trotz Kreditgeschäft den Kaufgegenstand unbedingt, so bestehen gegen ein Handeln des Ehemannes "für den es angeht" - soweit es die Ehefrau als Miterwerberin "angehen" soll - keine Bedenken.

Kauft der Ehemann dagegen auf Kredit und behält sich der Veräußerer das Eigentum gem. § 455 vor, so könnten die Ehegatten möglicherweise ein Anwartschaftsrecht auf einen Miteigentumsanteil erwerben, da auch ein Käufer, der das Eigentum nur für sich erwerben will, bei Eigentumsvorbehalt des Veräußerers, ein dingliches Anwartschaftsrecht auf das Vollrecht erwirbt. Da das Miteigentum wie das Volleigentum behandelt wird, ist ein Anwartschaftsrecht auch an einem Miteigentumsanteil in Literatur und Rechtsprechung anerkannt¹⁾. Weiterhin wird das Anwartschaftsrecht von der herrschenden Meinung zu Recht als Vorstufe des Vollrechts angesehen und denselben Regeln unterworfen wie das Vollrecht²⁾. Konsequenterweise muß daher das Anwartschaftsrecht auch durch ein dingliches "Handeln für den es angeht" unmittelbar auf einen Dritten übertragen werden können³⁾. Ist aber einerseits ein Anwartschaftsrecht mit

-
- 1) Vgl. z.B. die Literatur beim Schatzfund gem. § 894; dort erwirbt nach h.M. sowohl der Entdecker als auch der Eigentümer der bergenden Sache nach Entdeckung des Schatzes ein dingliches Anwartschaftsrecht, das durch die Inbesitznahme zum Miteigentum erstarkt; Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 83 III 1 b; Biermann, § 394, 2 d; Endemann, II 1. Bd., § 88, 3; Warneyer, § 894.
 - 2) RGZ 140, 223 ff(229); BGHZ 10, 69 ff(72); Staudinger-Berg, § 929, Rdnr. 28 e; Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 2 II 3 b; Westermann, § 44 2.
 - 3) G. und D. Reinicke, NJW 55, 671, begründen dies unter Hinweis auf die herrschende Meinung, nach der das in der Person des Vorbehaltskäufers entstehende Anwartschaftsrecht von diesem ohne Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers auf einen Dritten übertragen werden könne; es läge daher kein Grund vor, das Anwartschaftsrecht nicht durch den Vorbehaltskäufer vom Vorbehaltsverkäufer unmittelbar auf einen Dritten übertragen zu lassen; im Ergebnis damit übereinstimmend u.a. OLG Celle, NJW 55, 671(672).

Hilfe des "Handelns für den es angeht" übertragbar und andererseits ein Anwartschaftsrecht an einem Miteigentumsanteil möglich, so muß grundsätzlich dieses Anwartschaftsrecht auch mittels eines "Handelns für den es angeht" durch den Ehemann unmittelbar vom Veräußerer auf die Ehefrau übertragen werden können. Auch hier wird es - da nur der Erwerb bzw. Miterwerb der Ehefrau in Frage steht - dem Veräußerer nach der objektiven Sachlage gleichgültig sein müssen, daß die Anwartschaft auf das Miteigentum unmittelbar auf die Ehefrau übergeht. Zwar besteht noch die Möglichkeit, daß der Ehemann nicht zahlt, doch kann der Veräußerer im Zweifel gemäß § 455 zurücktreten, so daß die Anwartschaft des Ehemannes und der Ehefrau untergeht und der Veräußerer auch insoweit kein berechtigtes Interesse daran haben kann, daß die Anwartschaft am Kaufgegenstand zunächst nur auf den Ehemann übergeht.

Mit Eintritt der Bedingung der restlosen Zahlung des Kaufpreises erwerben beide Ehegatten daher gleichzeitig Miteigentum.

cc) Dingliches "Handeln für den es angeht" bei sog. finanzierten Käufen

Die Zahl echter Kreditgeschäfte hat jedoch in der Praxis abgenommen, da Finanzierungsinstitute durch Vermittlung des Veräußerers dem Käufer heute häufig ein in Raten zu tilgendes Darlehen gewähren, das zur Begleichung der Kaufpreisschuld sofort an den Veräußerer ausgezahlt wird, sogenannter finanziert Kauf, "B-Geschäft" oder ähnliches. Da der Käufer seine Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises sofort erfüllt, überträgt ihm der Veräußerer das Eigentum, das der Käufer seinerseits aber dem Finanzierungsinstitut zur Sicherheit weiter übertragen muß¹⁾. An dieser Sicherung des Finanzierungsinstituts ist auch der Veräußerer interessiert, da er im Rahmen der Darlehensgewährung für das Kreditinstitut handelt und diesem zur Mitwirkung an der Sicherungsübereignung verpflichtet ist. Ihm ist es daher trotz rechtlicher Trennung des Darlehens-

1) Vgl. dazu Marschall v. Bieberstein, S. 13; Möllers, S. 7 ff; Crisolli-Ostler, § 6, 64.

und des Kaufvertrages¹⁾ nicht gleichgültig, ob der Ehemann den Gegenstand für einen Dritten erwirbt und sich auf diese Weise die Sicherungsübereignung unmöglich machen wird. Ein "Handeln für den es angeht" ist daher hier nicht möglich. Hier kann der Ehemann nach Darlehenstilgung und der daraufhin erfolgenden Rückübereignung des Kaufgegenstandes seiner Ehefrau Miteigentum gemäß § 929, 2 übertragen²⁾.

dd) Schlußfolgerung

Zusammenfassend ist festzustellen, daß - von den sog. finanzierten Käufen abgesehen - sich die Anforderungen des Offenkundigkeitsprinzips durchbrechen lassen, wenn ein Ehemann auch für seine Ehefrau erwerben will, gleichgültig, ob es sich um Bar- oder Kreditgeschäfte handelt, gleichgültig, ob der Kaufgegenstand sofort übereignet wird oder ein Eigentumsvorbehalt vereinbart wird. Dagegen sind andere in Literatur und Rechtsprechung vorgeschlagene Konstruktionen zur Erreichung dieses Zieles weniger geeignet. Sie stoßen auf erhebliche dogmatische Schwierigkeiten³⁾, denen das "Handeln für den es

1) Der dort entstehende Streit, inwieweit beide Geschäfte zu einer Einheit verschmelzen, braucht hier nicht entschieden zu werden, vgl. dazu u.a. Larenz, § 39 IV; Möllers, S. 57 ff, gegen BGHZ 37, 94 ff(99).

2) S.u.S. 149 f.

3) Auf die nicht überzeugende Ansicht der früheren Rechtsprechung, trotz Insichkonstitut des Mittlers ein Durchgangserwerb zu verneinen, wurde schon hingewiesen, s.o.S. 82; ebenso wurde es schon oben als unzulässig angesehen, diesen Schwierigkeiten mit Hilfe eines sachenrechtlichen Vertrages zugunsten Dritter oder einer analogen Anwendung des § 185 aus dem Wege zu gehen, s.o.S. 85 f.

Ein Bedürfnis zur Ausschaltung des Zwischenerwerbs bei nicht erkennbarem Vertreterhandeln wurde schon früh anerkannt; es fehlte auch nicht an Versuchen, zu brauchbaren Ergebnissen zu kommen; so schlug beispielsweise Eck, Vorträge I, S. 179, einen eigenen Weg durch einschränkende Auslegung des § 164 II vor: § 164 II sollte nur im Verhältnis Veräußerer und Vertreter gelten, während der Veräußerer sich dem Vertretenen gegenüber darauf nicht sollte berufen können; nach anderen Vorschlägen sollte das Offenkundigkeitsprinzip bei dinglichen Geschäften nicht gelten; vgl. Leonhard, Allg. Teil, S. 465 ff; vgl. zum ganzen Fragenkomplex die Übersicht bei Cohn a.a.O. (m.w.N.).

angeht" nicht begegnet und beruhen häufig auf Unterstellungen im Sachverhalt¹⁾.

c) Vertretungsmacht des Ehemannes

Tritt der Ehemann beim Erwerbsakt erkennbar auch für seine Ehefrau auf, so treten die Wirkungen dieses Handelns nur dann auch in ihrer Person ein, wenn sie den Ehemann bevollmächtigt hat, dergestalt für sie aufzutreten. Handelt der Ehemann ohne Vertretungsmacht, so kann die Ehefrau der vollmachtlosen Vertretung nur gemäß § 184 durch Genehmigung Wirksamkeit verleihen.

-
- 1) Anders ist dagegen der umgekehrte Fall zu beurteilen, wenn nämlich der Veräußerer von seinem Standpunkt aus unter Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte davon ausgehen kann, daß der Ehemann auch für seine Ehefrau erwerben will, während der Ehemann etwas Derartiges tatsächlich nicht in seinen Willen aufgenommen hat. Fraglich ist, ob die Ehefrau auch in diesen Fällen Miteigentum erwirbt: Überwiegend wird zur Stellvertretung ein Vertretungswille des Vertreters gefordert (Staudinger-Coing, § 164 Rdnr. 5; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 164 Rdnr. 8; Enneccerus-Nipperdey, § 178 II 2, S. 1092). Doch gilt im Rechtsverkehr allgemein der erklärte Wille. Wie sich aus § 164 II ergibt, gilt auch im Vertretungsrecht nichts anderes. Denn handelt jemand erkennbar für einen anderen, muß der Mangel des Willens im fremden Namen zu handeln, unbeachtlich bleiben, da umgekehrt gemäß § 164 II der Mangel des Willens in eigenem Namen zu handeln nicht in Betracht kommt, falls objektiv im eigenen Namen gehandelt wird, so Fikentscher, AcP 154, 1 ff(14 ff). Das Nichtvorhandensein eines Vertretungswillens muß bei objektivem Handeln im fremden Namen auch deshalb unbeachtlich sein, weil auch die Anscheinsvollmacht nur auf objektive Umstände abstellt. Dann dürfen aber auch im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Vollmacht konsequenterweise keine strenger Anforderungen gestellt werden (übereinstimmend Fikentscher, a.a.O., und BGH NJW 61, 1152, dem Berg, NJW 62, 101 zustimmt). Daher erwirbt die Ehefrau auch ohne Vertretungswillen ihres Ehemannes Miteigentum, wenn der Veräußerer von seinem Standpunkt aus annehmen konnte, der Ehemann wolle auch für seine Frau miterwerben, und der Ehemann Vollmacht hat oder die Ehefrau zustimmt, §§ 182 ff. Zu diesem Ergebnis kommt allerdings auch ein Großteil der h.M., der bei Fehlen des Vertretungswillens das Geschäft unter Hinweis auf § 116 und § 157 dennoch mit dem Vertretenen zustande kommen läßt und dem Vertretenen lediglich ein Anfechtungsrecht einräumt (vgl. Staudinger-Coing, § 164 Rdnr. 5; wohl auch Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 164 Rdnr. 8).

hen. Da mit dem "Handeln für den es angeht" nur die Erfordernisse des Offenkundigkeitsprinzips durchbrochen werden, gelten auch hier die gleichen Grundsätze wie bei der offenkundigen Stellvertretung. Der Ehemann muß daher bevollmächtigt sein oder die Ehefrau muß nachträglich zustimmen.

Eine generelle gesetzliche Vertretungsmacht des Ehemannes enthält das Gesetz nicht. Auch eine Schlüsselgewalt, wie sie der Ehefrau für ihren häuslichen Wirkungskreis gemäß § 1357 zur Seite steht, gibt das Gesetz dem Ehemann nicht. Unabhängig von allen sonstigen Streitfragen und einer Reihe von problematischen Konsequenzen, die sich aus dieser gesetzlichen Regelung ergeben¹⁾, kann eine Schlüsselgewalt, die allein der Ehefrau zusteht, nur dann zweifelhaft sein, wenn der Ehemann den Haushalt führt, während die Ehefrau erwerbstätig ist und daher den finanziellen Aufwand der Ehe trägt. Dieser Funktionsaustausch läßt sich jedoch interessengerecht lösen. Entweder geht man davon aus, der haushaltsführende Ehemann sei von seiner Ehefrau stillschweigend zum Abschluß von Geschäften für den häuslichen Bereich bevollmächtigt, oder man wendet auf derartige Geschäfte § 1357 analog an. Denkbar wäre auch eine direkte Anwendung des § 1357, wenn die Bezeichnung "Frau" in § 1357 eine Funktionsbezeichnung wäre, die auch für den haushaltsführenden Ehemann gilt²⁾. Doch kommt diesen Fällen in der vorliegenden Untersuchung kaum Bedeutung zu. Denn ein derartiger Funktionsaustausch unter Eheleuten ist sehr selten³⁾, auch ist eine gemeinschaftliche Finanzierung, wie sie hier - zumindest heute noch - allein in Frage steht, dann kaum vorstellbar.

Finanziert dagegen die Ehefrau den Haushalt mit, so wird sie, auch wenn die Mitfinanzierung auf Grund eigener außerhäuslicher Erwerbstätigkeit erfolgt, dennoch den Haushalt selbst führen, während der Ehemann in aller Regel lediglich in erhöhtem Maße Hilfsfunktionen im Haushalt ausüben wird. Tritt der Ehemann in einem derartigen Falle beim Erwerb eines gemeinschaftlich finanzierten beweglichen Gegenstandes nach außen hin

1) S.u.S. 110 ff.

2) Ausführlich u.S. 112 f.

3) Deshalb unterließ auch der Gesetzgeber die Regelung dieser Ausnahme, Massfeller, 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 8; Fahr, S. 146 f.

allein auf, so wird er von seiner Ehefrau häufig stillschweigend bevollmächtigt sein, für sie mitzuerwerben. Spätestens aber durch Inbesitznahme bzw. Mitbenutzung würde sie eine vollmachtlose Vertretung durch konkludent erteilte Genehmigung gemäß § 184 rückwirkend wirksam werden lassen. Dem Miteigentumserwerb der Ehefrau stehen daher insoweit keine Bedenken entgegen.

III. Miteigentumserwerb der Ehefrau im Rahmen des § 1370

Fraglich ist, ob die Ehefrau auch dann unmittelbar Miteigentum erwirbt, wenn sie den von ihrem Ehemann als Ersatz für einen ihm gehörenden Hausratsgegenstand gekauften Gegenstand mitfinanziert hat oder wenn der Ehemann einen seiner Ehefrau gehörenden Hausratsgegenstand auf Grund gemeinschaftlicher Finanzierung ersetzt. Denn gemäß § 1370 wird grundsätzlich derjenige Ehegatte Eigentümer des neu erworbenen Hausratsgegenstandes, der auch Eigentümer des ersetzten Gegenstandes war. Stand der ersetzte Gegenstand dagegen bereits im Miteigentum beider Ehegatten, so erwerben sie beide gem. § 1370 wiederum Miteigentum. Der letzte Fall ist daher insoweit unproblematisch.

Der Erwerb auf Grund § 1370 ist grundsätzlich unabhängig davon, wer die Anschaffung vornimmt und für wen der nach außen auftretende Ehegatte erwerben oder an wen der Veräußerer übereignen will. Gleichgültig ist an sich auch, wer die finanziellen Mittel für die Anschaffung zur Verfügung stellt¹⁾, ob der alte Gegenstand in die Ehe eingebracht oder erst in ihr erworben wurde oder ob der neu erworbene Gegenstand wertvoller ist als der alte.

Scheint auch die Bedeutung dieser Vorschrift für die in Zugewinnsgemeinschaft lebenden Ehegatten recht erheblich zu sein, da sich ihr Eigentum zum größten Teil aus Haushaltsgegenständen zusammensetzt, so sind derartige Surrogationsfälle in der Praxis weniger häufig. Denn § 1370 verlangt, daß der alte Gegenstand aus dem Haushalt ausgeschieden ist. Der alte Gegenstand darf daher nicht noch neben dem neuerworbenen Gegen-

1) Amtl. Begründung, S. 42; Seidl, Bericht, S. 8; Dölle, Lehrbuch a.a.O.; Beitzke, Lehrbuch, § 13 I 3.

stand weiter benutzt werden. Der Austausch muß stattgefunden haben, weil der alte Gegenstand unbrauchbar oder technisch überholt ist, nicht aber - wie es heute häufig der Fall sein wird¹⁾ - weil er den zeitbedingten Anforderungen der Mode und dem wachsenden Bedürfnis nach technischer Vervollkommenung nicht mehr entspricht. Es muß zwar keine strenge Sachidentität, wohl aber Funktionsidentität zwischen ausgeschiedenem und neuerworbenem Gegenstand gegeben sein, so daß der Musikschrank möglicherweise, der das alte Radio ablöst, noch unter § 1370 fällt, jedoch die Sitzecke, die eine Couch ersetzt, den Anforderungen des § 1370 nicht mehr entspricht²⁾. Auch bezieht sich § 1370 allein auf die Neuanschaffungen durch die Ehegatten selbst und nicht auf Geschenke usw. durch Dritte. Insbesondere aber kann § 1370 durch eine von der ursprünglichen Eigentumslage abweichende Vereinbarung ausgeschlossen werden. Soweit sich derartige Vereinbarungen jeweils auf einen konkreten Erwerbsfall beziehen, bedürfen sie der Form eines Ehevertrages nicht³⁾. Eine derartige, auf Miteigentum gerichtete stillschweigende Vereinbarung wird aber im Zweifel immer dann vorliegen, wenn der gemeinschaftlich finanzierte Neuwert auch gemeinschaftlich geplant wird, also im Regelfall⁴⁾. Den sich aus dieser Annahme ergebenden Konsequenzen steht auch der Sinn des § 1370 nicht entgegen. Dem Vorgänger des § 1370, dem § 1382 a.F., lag noch die Erwägung zugrunde, der Ehefrau wenigstens die Substanz ihres eingebrachten Vermögens zu erhalten und eine Entschädigung dafür zu geben, daß sie im gesetzlichen Güterstand an den Errungenschaften der Ehe weder dinglich noch wirtschaftlich beteiligt wurde⁵⁾. Dieser einseitige und zugleich beschränkte Schutz der Ehefrau ist nach Einführung der Zugewinngemeinschaft nicht mehr gerechtfertigt.

1) S.o.S. 43 f.

2) So in beiden Fällen ausdrücklich OLG Nürnberg, FamRZ 64, 297; Gernhuber, § 34 III Fußn. 3 (S. 322).

3) RGRK-Scheffler, § 1370 Rdnr. 10; Erman-Bartholomeyczik, § 1370, 4; Dölle, Lehrbuch, § 53 II; Beitzke, Lehrbuch, § 13 I 3; Gernhuber, Lehrbuch, § 34 III 4.

4) S.o.S. 58 f.

5) Erman-Bartholomeyczik, § 1370 1; Massfeller-Reinicke, § 1370 1; Protokolle IV, 766.

Schutzzweck des § 1370 ist vielmehr, dem Ehegatten, der seiner Pflicht aus § 1353 nachgekommen ist und den ihm gehörenden Gegenstand zur gemeinschaftlichen Benutzung zur Verfügung gestellt hat, nicht den Verlust durch Abnutzung einseitig tragen zu lassen¹⁾. § 1370 n.F. gilt daher konsequenterweise auch für beide Ehegatten, wenn die Bedeutung dieser Vorschrift auch heute noch für die Ehefrau wesentlich größer sein wird als für den Ehemann. Begibt sich nun aber der durch sein Eigentum am zu ersetzenden Gegenstand gemäß § 1370 geschützte Ehegatte in Übereinstimmung mit seinem Ehepartner dieses Schutzes, so kann von der Surrogationswirkung des § 1370 abgesehen werden und jeweils der andere Ehegatte miterwerben, ohne daß an die Vereinbarung der Ehegatten strenge Anforderungen zu stellen wären.

B. Die Ehefrau schließt das dem Erwerb eines beweglichen Gegenstandes zugrunde liegende Rechtsgeschäft ab

Tritt die Ehefrau bei der Anschaffung beweglicher Gegenstände nach außen hin allein auf, so wird sie überwiegend innerhalb ihres durch die äußere Gestaltung des Ehelebens und durch den tatsächlichen Zuschnitt des Haushalts gebildeten häuslichen Wirkungskreis tätig werden. Sie kann aber auch Geschäfte abschließen, deren besondere Beschaffenheit nach der bestehenden Sitte und den Anschauungen des Lebensbereichs beider Ehegatten nicht auf eine Erledigung durch die Ehefrau hinweisen und daher außerhalb des eigentlichen häuslichen Wirkungskreises der Ehefrau vorgenommen werden²⁾.

1) Soergel-Vogel, § 1370 Rdnr. 3; Massfeller-Reinicke, § 1370 1; Gernhuber, Lehrbuch, § 34 III 1; Dölle, Lehrbuch, § 53 II.

2) Vgl. dazu z.B. RGZ 61, 78 ff(80); Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 17; Erman-Bartholomeyczik, § 1357 6 b.

I. Die in den häuslichen Wirkungskreis der Ehefrau fallenden Anschaffungen

1. Grundsätzlicher Alleinerwerb des Ehemannes gemäß § 1357

Kauft die Ehefrau für den Haushalt beispielsweise Möbel, elektrische Küchengeräte oder auch wertvolle Kapitalgüter, wie Teppiche oder dergleichen, so wird grundsätzlich der Ehemann gemäß § 1357 I 2 Vertragspartei des Kausalgeschäfts und Alleineigentümer¹⁾ des Kaufgegenstandes werden, wenn zwischen den Ehegatten eine wirksame Ehe²⁾ besteht, sie in einer häuslichen Gemeinschaft leben, die Schlüsselgewalt nicht ausgeschlossen ist, die einzelnen Anschaffungen durch den Zuschnitt des Hauswesens umfaßt werden und sich auch "aus den Umständen nichts anderes ergibt".

Die Rechtfertigung dieser gesetzlichen Regelung kann nur im Zusammenhang mit § 1356 I 1 gesehen werden. Danach führt die Ehefrau den Haushalt in eigener Verantwortung. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht im Kindschaftsrecht die einseitige Entscheidungsbefugnis des Vaters in § 1628 und das einseitige Vertretungsrecht in § 1629 I für unvereinbar mit Art. 3 II GG und daher für nichtig erklärt³⁾. Doch ist es nicht gerechtfertigt, daraus den Schluß zu ziehen, für § 1356 und damit auch für § 1357 gelte das gleiche⁴⁾. Denn während die Beziehungen von Vater und Mutter zu ihren Kindern kaum eine unterschiedli-

1) Daß § 1357 I 2 sich auch auf das dingliche Geschäft bezieht, ist ganz allgemeine Meinung, vgl. z.B. Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 29.

2) Treten dagegen ein Mann und eine Frau als Ehepaar auf, obwohl zwischen ihnen keine Ehe besteht, und liegen die sonstigen Voraussetzungen des § 1357 vor, so wird man den Gläubiger möglicherweise dadurch schützen müssen, daß man eine analoge Anwendung des § 1357 bejaht und die Wirkungen des Auftretens der Frau nach Rechtsscheinsgrundsätzen in der Person des Mannes eintreten läßt (zur allgemeinen Frage, ob und inwieweit Vertretungsrecht auf § 1357 anwendbar ist, s.u.S. 117 ff). Gleiches muß wohl auch dann gelten, wenn eine nichtige Ehe vorliegt, soweit hier der Gläubiger nicht bereits durch § 27 EheG geschützt ist; vgl. dazu auch Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 13.

3) BVerfG FamRZ 59, 416 ff; hinsichtlich der Nichtigkeit des § 1628 zu Unrecht zweifelnd Bosch, FamRZ 59, 406 ff(412), unter Hinweis auf §§ 31 II und 93 II BVerfGG; gegen Bosch u.a. Erman-Ronke, § 1628 1 m.w.N.

4) So aber Bosch, FamRZ 59, 415; Berger, FamRZ 61, 89 ff(91).

che rechtliche Beurteilung zulassen, gilt das für die Rolle von Mann und Frau im ehelichen Haushalt nicht unbedingt, auch wenn sich in der Praxis das Leitbild von der Ehefrau als Hausfrau und Mutter allmählich wandeln mag. Zumindest ist es weder im Sinne des Art. 3 I GG willkürlich¹⁾ noch eine unzulängliche Differenzierung im Sinne des Art. 3 II GG, wenn der Ehefrau aus biologischen²⁾ und soziologischen³⁾ Gründen, wegen der Eigentümlichkeit ihres Geschlechts⁴⁾ und zur Aufrechterhaltung der gemäß Art. 6 GG verfassungsrechtlich geschützten Ehe⁵⁾, der eheliche Haushalt zugeordnet und ein auf diesem Bereich beschränktes Entscheidungsrecht zuerkannt wird⁶⁾.

Die Funktionsverteilung in der Ehe und der Entscheidungsvor-
rang in diesem zugeordneten Bereich wäre auch ohne Sonderregelung schon § 1353 zu entnehmen gewesen⁷⁾ und wurde lediglich durch § 1356 noch einmal bekräftigt. Mit diesem Bekenntnis zur Hausfrauenehe mußte der Gesetzgeber der in der Mehrzahl der Fälle nicht erwerbstätigen und vermögenslosen Nur-Hausfrau im Rahmen ihrer typischen Hausfrauenaufgaben gleichzeitig die Möglichkeit einräumen, ihren Ehemann einseitig zu verpflichten. Die einseitige Schlüsselgewalt der Ehefrau ist daher die konsequente Folge des Leitbildes von der Haus-

-
- 1) So die Abgrenzung der herrschenden Meinung in Art. 3 I GG, z.B. v. Mangoldt-Klein, Art. 3 II GG.
 - 2) Hagemeyer, Denkschrift I, S. 23, die im Rahmen des Art. 3 II GG eine Differenzierung aus biologischen Gründen zuläßt.
 - 3) BGH FamRZ 54, 81; Dölle, JZ 53, 357; vgl. dazu Scheuner, S. 50, der insbesondere aus soziologischen Gründen und von den zeitgenössischen Wertanschauungen her im Rahmen des Art. 3 II GG eine Differenzierung für gerechtfertigt hält; Beitzke, JZ 52, 745 und Grundrechte, S. 209, stellt in diesem Zusammenhang auf den Gesamtbereich des Sozialgefüges ab.
 - 4) Hirschmann, Staatslexikon, 2. Band, S. 973; Fahr, S. 141.
 - 5) Vgl. dazu Bosch, SJZ 50, 627; ders. Familienrechtsreform, S. 54; Dölle, Festgabe für Kaufmann, S. 27, die im Rahmen des Art. 3 II GG zur Differenzierung auf Art. 6 GG abstellen.
 - 6) Zum ganzen Fragenkomplex vgl. Ramm, Gleichberechtigung und Hausfrauenehe, JZ 68, 41 ff.
 - 7) Dölle, JZ 53, 357; Hagemeyer, NJW 53, 603; Lange, Festgabe für Kraft, S. 97; Bosch, Familienrechtsreform, S. 100; Boehmer, FamRZ 60, 174; Fahr, S. 18 f, 142 f; Enneccerus-Kipp-Wolff, Familienrecht, § 31 V 8; Staudinger-Engelmann, § 1356 2 b; RG JR-Rspr. 1927 Nr. 1398; BGH FamRZ 54, 81; siehe auch oben S. 13.

frauenehe¹⁾. Damit steht diese Regelung auch mit der Unterhaltspflicht, § 1360, im Einklang²⁾. § 1357 I 2 ist daher nicht nur Gläubigerschutzbestimmung, sondern bezweckt vor-
dringlich den Schutz der Nur-Hausfrau und erst in zweiter Linie den Schutz des Gläubigers³⁾. Stände die Schlüsselgewalt nicht nur einseitig der Ehefrau, sondern auch dem Ehemann zu, und sollte diese Schlüsselgewalt des Ehemannes überhaupt einen Sinn haben, so würde er die Ehefrau verpflichten, ranggleich mit-
verpflichten oder zumindest subsidiär verpflichten. Eine Verpflichtung oder ranggleiche Mitverpflichtung der Ehefrau aber wäre nicht nur unsachgemäß, sondern darüber hinaus noch im hohen Maße unbillig, solange sich das Familiengesetz zum Leit-
bild der Hausfrauen-Ehe bekennt. Auch mag eine subsidiäre Verpflichtung der Ehefrau für Haushaltsgeschäfte des Ehemannes - wie sie § 1357 I 2 2. Halbs. für die Schlüsselgewaltsgeschäfte der Ehefrau enthält - zwar in Sonderfällen zu angemessenen Ergebnissen führen und daher zweckmäßig und wünschenswert sein, ihr Nichtvorhandensein aber kann nicht als ein Verstoß gegen Art. 3 II GG angesehen werden. Denn ein derartiger Verstoß könnte nur zuungunsten des Mannes vorliegen, doch ist diese Regelung angesichts der Tatsache gerechtfertigt, daß der Ehemann in aller Regel erwerbstätig ist und daher Geld verdient⁴⁾. Die Fälle dagegen, in denen der Ehemann den Haushalt führt, während die Ehefrau erwerbstätig ist, hat der Gesetzgeber unter Hinweis auf die Seltenheit eines derartigen Funktionsaustausches bewußt nicht geregelt. In diesen Fällen wird man nicht,

-
- 1) Schwarzkopf, 56. Protokoll des Unterausschusses, S. 11 und FamRZ 57, 33 f; Wahl, 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 3; Seidl, Bericht, S. 36; Beitzke, Grundrechte, S. 228; Fahr, S. 139 ff; vgl. auch vor Erlaß des Gleichberechtigungsgesetzes, Bosch, Rpfl. SH., S. 25 ff; Finke, BB 53, 271; Lange, Festgabe f. Kraft, S. 101; M. Weber, S. 433; gegen die damals herrschende Meinung vgl. die bei Thiele, FamRZ 58, 116 Fußn. 13, zitierte a.A., die eine einseitige Schlüsselgewalt für verfassungswidrig hielt.
 - 2) Seidl, Bericht, S. 36 f; Massfeller-Reinicke, § 1357, 2; Dölle, Lehrbuch, § 45 III 2 a; kritisch dazu Beitzke, Lehrbuch, § 11 V 3.
 - 3) Das aber nimmt Müller-Freienfels, Festschrift f. Lehmann, S. 390 (ausführlich insbesondere dort Fußn. 7) für § 1357 a.F. an.
 - 4) So ausdrücklich auch Reinicke, 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 10.

wie häufig vorgeschlagen, den Ehemann als stillschweigend bevollmächtigten Vertreter der Ehefrau ansehen können, der seine Ehefrau dann über § 1357 I 2, 2. Halbs. mittelbar mitverpflichtet¹⁾. Denn in aller Regel wird der Mann nicht im Namen seiner Ehefrau auftreten, so daß die teilweise Fremdwirkung seines Handelns zweifelhaft ist²⁾. Statt auch in diesen Fällen die Offenkundigkeit durch ein "Handeln für den es angeht" zu durchbrechen, könnte man § 1357 analog auch auf den haushaltführenden Ehemann anwenden, wenn Normzweck und Interessenlage bei einem Funktions-austausch eine derartige Analogie rechtfertigen würden³⁾. Doch stände bei einer analogen Anwendung des § 1357 auf den haushalt-führenden Ehemann die Schlüsselgewalt gleichzeitig beiden Ehegatten zu, also auch der nicht den Haushalt führenden Ehefrau. Die Ehefrau wäre dann, falls sie selbst ein in den häuslichen Bereich fallendes Geschäft führen würde, über § 1357 I 2 primär⁴⁾ ihren vermögenslosen, den Haushalt führenden Ehemann verpflichtet. Das aber wäre nicht interessengerecht. Es erscheint daher angebrachter, der Bezeichnung "Frau" in § 1357 den Charakter eines Funktionsbegriffs zuzuerkennen, der in den seltenen Fällen des Funktionsaustausches nur für den Ehemann ein-greift⁵⁾. Der dagegen vorgebrachte Hinweis auf die Rechtsun-sicherheit einer vom Innenverhältnis abhängigen Schlüsselge-walt ist nicht überzeugend, da die Anwendbarkeit des § 1357 auf das Handeln des haushaltführenden Ehemannes von der Er-kennbarkeit des Funktionsaustausches abhängig ist⁶⁾. Ist da-her die einseitige Schlüsselgewalt der Ehefrau und die Ver-pflichtung des Ehemannes in § 1357 verfassungsmäßig unbedenk-lich, so ist auch der grundsätzliche Alleinerwerb des Ehe-mannes aus Schlüsselgewaltgeschäften nur konsequent. Das gilt

1) So aber u.a. Lehmann, Familienrecht, § 11 III 3 c; Erman-Bartholomeyczik, § 1357 3; Schwarzhaupt, FamRZ 57, 33 ff; Fahr, S. 41 ff (z.B. S. 56).

2) So auch Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 4.

3) So auch Staudinger-Hübner a.a.O.

4) S.u.S. 119.

5) So auch Gernhuber, Lehrbuch, § 19 I 4; E. Scheffler, DRiZ 53, 86; für eine analoge Anwendung des § 1357 auch Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 4; ohne eindeutige Stellungnahme auch der Hinweis auf eine derartige Lösungsmöglichkeit von Bosch, FamRZ 60, 404.

6) Zu Unrecht anders daher Fahr, S. 146; ähnlich wie hier jedoch auch Staudinger-Hübner a.a.O.

insbesondere deshalb, weil weder ein sittliches Gebot Miteigentum des finanziell am Erwerb nicht beteiligten Ehegatten verlangt, noch ein entsprechender genereller Wille der Ehegatten gegeben ist und auch Art. 3 GG eine Verteilung des Eigentums entsprechend der Finanzierung nicht verbietet¹⁾.

Soweit kein Surrogationserwerb i.S. des § 1370 vorliegt, dessen Wirkungen die des § 1357 grundsätzlich durchbrechen würden²⁾, wird der Ehemann daher Alleineigentümer der Gegenstände, die von der Ehefrau kraft ihrer Schlüsselgewalt erworben wurden. Dieser Erwerb trifft unabhängig davon ein, ob die Ehefrau erkennbar im Namen des Ehemannes auftritt und wie die dogmatische Begründung der Fremdwirkung in § 1357 ist³⁾.

2. Gleichzeitiger Miteigentumserwerb beider Ehegatten, wenn die Ehefrau eine entsprechende Erklärung ausdrücklich abgibt oder "sich aus den Umständen etwas anderes ergibt"

Ebenso wie sich die Ehefrau im Rahmen von Schlüsselgewaltgeschäften mitverpflichten kann, wenn sie eine entsprechende Erklärung ausdrücklich abgibt, kann sie auf diese Weise auch das Eigentum für sich miterwerben. Doch wird die Ehefrau im allgemeinen selbst dann nicht ausdrücklich auch für sich handeln, wenn der Wille zum gemeinschaftlichen Erwerb vorhanden ist, ebenso wie auch der Ehemann im Rahmen des § 164 trotz seines möglicherweise vorhandenen Willens zur Mitbeteiligung seiner Ehefrau, nur selten ausdrücklich auch in ihrem Namen auftritt.

Miteigentum erwürbe die Ehefrau innerhalb von Schlüsselgewaltgeschäften aber auch dann, wenn besondere Umstände erkennbar und unzweideutig auf den beabsichtigten Miterwerb hinwiesen, § 1357 I 2. Doch wird es im Normalfall auch an derartigen Umständen fehlen. Denn die erkennbar zwischen

1) Vgl. allerdings die Ansicht Frau Dr. Lüders', 7. Protokoll des Unterausschusses, S. 40, die aus Verfassungsgründen eine Beteiligung der Ehefrau am Erwerb für zwingendes Recht hielt.

2) Vgl. z.B. Fahr, S. 102.

3) Vgl. dazu das insoweit übereinstimmende Ergebnis der h.M. trotz aller dogmatischen Begründungsunterschiede der Fremdwirkung in § 1357 (s.u.S. 117ff); z.B. Erman-Bartholomeyczik, § 1347, 4 und 7 b; Fahr, S. 47 ff.

den Ehegatten bestehenden Haus- und Lebensgemeinschaft kann dafür nicht ausreichen¹⁾, da die Ehe nicht zwingend Miteigentum der Ehegatten verlangt. Ebensowenig ist das Schweigen der Ehefrau über ihren Familienstand ein ausreichender Umstand im Sinne des § 1357 I 2, will man nicht diese Vorschrift, die gerade den von einer entsprechenden Vertretererklärung unabhängigen Eigentumserwerb des Ehemannes bezweckt, in ihr Gegenteil verkehren²⁾. Ist der Ehemann von vornherein zahlungsunfähig, so ergibt sich ebenfalls noch nichts anderes aus den Umständen³⁾, es sei denn, die Zahlungsunfähigkeit ist bekannt⁴⁾. Ebenso irrelevant ist, wenn im Einzelfall die Ehefrau für die Familie unterhaltspflichtig ist⁵⁾ oder zunächst aus eigenen Mitteln leistet⁶⁾. Auch ein ausdrücklicher Hinweis auf die gemeinschaftliche Finanzierung kann die Ausnahmewirkung des § 1357 I 2 nicht hervorrufen. Gleiches gilt von einem Hinweis auf die gemeinschaftliche Planung oder von Formulierungen, die lediglich im gemeinschaftlichen häuslichen Bereich ihren Ursprung haben. Denn ebenso wie sich daraus beim Auftreten des Ehemannes noch keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein Handeln auch im Namen der Ehefrau ergeben⁷⁾, lassen sich hier daraus noch keine sicheren Indizien für die auch in der eigenen Person beabsichtigten dinglichen Wirkung herleiten. Fehlte es aber im Rahmen des § 164 im

1) So z.B. auch Maurer, S. 131; Fahr, S. 102.

2) Es ist heute völlig herrschende Meinung, daß Schlüsselgewaltgeschäfte nicht einen Hinweis der Ehefrau auf ihre Verheiratung voraussetzen, Erman-Finke, Gleichberechtigungs-gesetz, § 1357 2; RGRK-Scheffler, § 1357 Rdnr. 8; Lehmann, Familienrecht, § 11 III 3 d; Müller-Freienfels, Vertretung, S. 19; Bosch, Rpfl. SH, S. 26; Thiele, FamRZ 58, 117; Rümelin, AcP 93, 194; Fahr, S. 53; a.A. von Tuhr, Allg. Teil II 2, S. 344; Enneccerus-Kipp-Wolff, Familienrecht, § 43 Fußn. 14.

3) Erman-Bartholomeyczik, § 1357 c; Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 25; OLG Celle OLG Bd. 18, 254; a.A. Reinicke, 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 15.

4) Dann aber wird der Veräußerer den Vertrag nur mit der Ehefrau allein abschließen und ihr nur allein den Kaufgegenstand übertragen wollen.

5) Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 25; Müller-Freienfels, Festschrift für Lehmann, S. 397.

6) Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 25; Palandt-Lauterbach, § 1357, 3 b.

7) S.o.S. 96 f.

allgemeinen an einer offenkundigeren Kennzeichnung der beabsichtigten Fremdwirkung, so wird es auch hier in aller Regel an einer deutlicheren Kennzeichnung der beabsichtigten Eigenwirkung fehlen.

3. Gleichzeitiger Miteigentumserwerb beider Ehegatten durch dingliches Handeln der Ehefrau "für den es angeht"

Offenbart die Ehefrau trotz gemeinschaftlicher Finanzierung ihren Willen, auch für sich zu erwerben, nicht ausdrücklich, und ergibt sich dieser Wille auch nicht aus den Umständen, so ließe sich ein gleichzeitiger Miteigentumserwerb beider Ehegatten möglicherweise mit Hilfe eines dinglichen "Handelns für den es angeht" erreichen. Dagegen scheidet ein gleichzeitiger Miteigentumserwerb auf Grund eines Gesellschaftsverhältnisses im Sinne der §§ 705 ff, eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses und einer Innengesellschaft zwischen den Ehegatten oder im Wege der §§ 929, 930 durch Insichkonstitut oder durch antezipierte Einigung oder mit Hilfe eines Auftrages zum gemeinschaftlichen Erwerb hier aus den gleichen Gründen aus, wie in den Fällen, in denen der Ehemann nach außen hin allein auftritt¹⁾.

Da die Ehefrau bei gemeinschaftlicher Finanzierung lediglich miterwerben will, sich aber hinsichtlich einer über die subsidiäre Verpflichtung des § 1357 I 2, 2. Halbs. hinausgehende Mitverpflichtung in aller Regel keine besonderen Vorstellungen machen wird, wird das "Handeln für den es angeht" insoweit fast ausschließlich im Hinblick auf die dingliche Seite der Schlüsselgewaltgeschäfte Bedeutung gewinnen. Ebenso wie beim Handeln des Ehemannes wird daher auch in der nachfolgenden Untersuchung der Schwerpunkt auf dem dinglichen "Handeln für den es angeht" liegen.

Die Durchbrechung der sachenrechtlichen Fremdwirkung des § 1357 I 2 durch ein auf die eigene Person bezogenes "Handeln für den es angeht" wird in der Literatur häufig ohne nähere

1) S.o.S. 82 ff.

Erklärung bejaht¹⁾. Doch werden fast ausnahmslos keine Überlegungen angestellt, ob dieses Institut seiner inneren Struktur nach auf die Schlüsselgewalt paßt. Eine derart selbstverständliche Anwendbarkeit dieses Instituts auf Schlüsselgewaltsgeschäfte erscheint insbesondere im Hinblick auf die Rechtsnatur der Fremdwirkung in § 1357 I 2 und angesichts der Umkehrung der Interessenlage bei derartigen Schlüsselgewaltsgeschäften zumindest als voreilig. Denn das "Handeln für den es angeht" ist ein Institut, das im Vertretungsrecht angewandt wird und grundsätzlich nur dort seine Rechtfertigung findet. Ob die Fremdwirkung in § 1357 eine vertretungsrechtliche Fremdwirkung ist, erscheint zweifelhaft. Auch wird die Anwendbarkeit des "Handelns für den es angeht" immer dann bejaht, wenn es dem Geschäftsgegner gleichgültig ist, daß nicht die ihm gegenüber auftretende Person erwirbt, sondern deren Hintermann. Dagegen müßte es dem Geschäftsgegner im Rahmen des § 1357 gleichgültig sein, daß nicht der hinter der nach außen auftretenden Ehefrau stehende Ehemann, sondern diese selbst erwirbt.

a) Erste Modifizierung des Instituts auf Grund der Rechtsnatur der Fremdwirkung in § 1357

Mit Hilfe des "Handelns für den es angeht" läßt sich im Vertretungsrecht das Offenkundigkeitsprinzip durchbrechen. Erschöpfte sich darin die Wirkung dieses Instituts, so könnte ein Miteigentumserwerb der Ehefrau mit seiner Hilfe - streng genommen - nicht erfolgen, gleichgültig wie die Fremdwirkung in § 1357 I 2 dogmatisch zu begründen ist. Denn sind Schlüsselgewaltsgeschäfte Vertretungsgeschäfte und ist die Fremdwirkung in § 1357 I 2 lediglich eine Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip, so bleibt an sich kein Raum mehr für das "Handeln für den es angeht", da ja das Offenkundigkeitsprinzip in § 1357 I 2 bereits durchbrochen ist. Ist die Schlüssel-

1) So z.B. Wahl, 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 4; Fahr, S. 103, 119; Thiele, FamRZ 58, 118; Dölle, Lehrbuch, § 45 III 2 b; Erman-Bartholomeyczik, § 1357 9; Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 30; Müller-Freienfels, JZ 57, 693.

gewalt dagegen ein nicht als gesetzliche Vertretungsmacht zu charakterisierendes eigenes Recht der Ehefrau oder eine gesetzliche Ermächtigung oder eine dem § 328 ähnliche Regelung, so schied an sich ein "Handeln für den es angeht" ebenfalls aus, da das Institut auf das Vertretungsrecht beschränkt werden müßte.

Nach einer in der Literatur weit verbreiteten Ansicht hat das Gleichberechtigungsgesetz dem Wandel der Auffassung von der Stellung der Frau in Familie und Ehe dadurch Rechnung getragen, daß es die Ehefrau nicht mehr als Vertreterin des Ehemannes ansieht¹⁾. Tatsächlich ist es auffällig, daß in § 1357 n.F. im Gegensatz zum § 1357 a.F. ein wörtlicher Hinweis auf die Stellvertretereigenschaft der Ehefrau nicht mehr enthalten ist. Doch ist es zweifelhaft, ob allein daraus schon eine eindeutige Stellungnahme des Gesetzgebers zu entnehmen ist²⁾. Schließt die Ehefrau ein Geschäft ihres häuslichen Wirkungskreises ausdrücklich im Namen ihres Ehemannes und treffen die Rechte und Pflichten des Geschäftes dann über § 1357 den Ehemann, so ist die Fremdwirkung der Erklärung von der Fremdwirkung einer Vertretererklärung im Sinne des § 164 I kaum zu unterscheiden. Die Charakterisierung der Ehefrau als Vertreterin ihres Ehemannes läßt sich in diesen Fällen auch nicht unter Hinweis auf die gleichberechtigte Stellung beider Ehegatten entkräften. Denn Grundlage einer Vertretung ist nicht die soziale Unterordnung des Vertreters³⁾, wie sich gerade an Hand der gesetzlichen Vertretung nachweisen läßt. Die Vertretung ist vielmehr vom Odium der Gewaltunterworfenheit heute völlig befreit, so daß es der Gleichberechtigung und Würde der Ehefrau grundsätzlich nicht widersprechen kann, Vertreterin ihres Ehemannes zu sein. Auch ist die Vertretung vom zugrunde liegenden Innenverhältnis weitgehend abstrahiert, so daß die Vertretereigenschaft der Ehefrau weder dem Innenverhältnis der

-
- 1) Massfeller-Reinicke, § 1357, 2; RGRK-Scheffler, § 1357 Anm. 8; Maurer, S. 99; Hansen, S. 56; Schlosser, FamRZ 61, 287 ff(290).
 - 2) Wie es Schlosser a.a.O.; Maurer a.a.O.; RGRK-Scheffler a.a.O. und Soergel-Vogel, § 1357 Rdnr. 7, annehmen.
 - 3) Ballerstedt, AcP 151, 501 ff(514 ff); Fahr, S. 43; Fabrizius, FamRZ 63, 112 ff(117).

§ 1357¹⁾ zwingend zu entnehmen ist, noch ihm zuwiderlaufen kann. Auch aus § 1356 läßt sich insoweit kein überzeugendes Argument gegen die Vertretereigenschaft der Ehefrau entnehmen. Denn es ist trotz des Wortlauts in § 1356 schon fraglich, ob die Ehefrau nur ihre eigenen Geschäfte führt und im eigenen Interesse wahrnimmt, wenn sie für den Haushalt tätig ist. Doch kann diese Frage dahinstehen, denn für eine Stellvertretung ist weder das Führen fremder Geschäfte²⁾ noch die ausschließliche Wahrnehmung fremder Interessen³⁾ Voraussetzung.

Fraglich könnte die Vertretereigenschaft der Ehefrau aber noch deshalb sein, weil sie sich aus Schlüsselgewaltgeschäften gemäß § 1357 I 2, 2. Halbs. subsidiär mitverpflichtet. Doch wenn es möglich ist, daß jemand für sich und zugleich im Rahmen des § 164 I als Vertreter für einen anderen auftreten kann⁴⁾, wenn weiterhin der für einen nicht eingetragenen Verein Handelnde aus § 54, 2 oder der bevollmächtigte Vertreter selbst aus culpa in contrahendo⁵⁾ haften kann, so kann auch die subsidiäre Mitverpflichtung der Ehefrau kein dogmatischer Widerspruch zu ihrer Stellung als Vertreterin sein.

Macht die Ehefrau nun beim Abschluß von Geschäften ihres häuslichen Wirkungskreises deutlich, für ihren Ehemann zu handeln, so ist darin kein rechtlich unerheblicher Hinweis auf die ohnehin eintretende gesetzliche Folge zu sehen, wie es bei wortgetreuer Anwendung des § 1357 den Anschein haben mag⁶⁾. Die Wirkung in der Person des Ehemannes tritt viel-

1) Während die h.M. zu § 1357 a.F. die Ehefrau als Beauftragte ihres Ehemannes ansah, so wird nach h.M. das Innenverhältnis zu § 1357 n.F. durch die rechtliche Regelung der ehelichen Gemeinschaft in § 1353 n.F. bestimmt; vgl. dazu Erman-Bartholomeyczik, § 1357, 7 a; Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 12.

2) Enneccerus-Nipperdey, § 178 Fußn. 15 (S. 1091) zum procurator in rem suam; Fahr, S. 44.

3) Enneccerus-Nipperdey, § 178 II 2 (S. 1091); Westermann, § 112 IV 1; v. Tuhr, Allg. Teil II 2, S. 336; Staudinger-Going, § 164 Rdnr. 9; Fahr, S. 44; siehe auch oben S. 97.

4) S.o.S. 95.

5) h.M., z.B. Ballerstedt, AcP 151, 501 ff; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 164 Rdnr. 4; Palandt-Danckelmann, § 164, 3.

6) So aber Gernhuber, Lehrbuch, § 19 III 1; wohl auch RGRK-Scheffler, § 1357 Anm. 8; wie hier jedoch Fahr, S. 54 ff (55).

mehr auf Grund einer entsprechenden Willenserklärung ein, die von der Ehefrau als Vertreterin abgegeben wird. Dabei vertritt die Ehefrau nicht die Ehegemeinschaft¹⁾, sondern ihren Ehemann. Eine Vertretung der Ehegemeinschaft selbst ist zwar dem deutschen Rechtsdenken nicht völlig fremd²⁾, läßt sich aber mit der Regelung des Gleichberechtigungsgesetzes nicht in Einklang bringen, wie sich insbesondere aus der einseitigen Berechtigung des Ehemannes durch Schlüsselgewaltgeschäfte ergibt.

Fraglich ist aber, ob die Ehefrau auch dann Vertreterin ist, wenn sie Geschäfte ihres häuslichen Wirkungskreises - wie im Regelfall und wie für die Anwendbarkeit des "Handelns für den es angeht" allein interessant ist - nicht ausdrücklich im fremden Namen führt, die Rechte und Pflichten aber dennoch in der Person des Ehemannes entstehen.

Wesentliches Merkmal des Vertretungsrechts ist nicht die Vertretungsmacht³⁾, wie sich am falsus procurator nachweisen läßt, der nach dem Gesetz Vertreter - wenn auch ohne Vertretungsmacht - ist. Entscheidend ist für eine Vertretung vielmehr ein Handeln im fremden Namen⁴⁾. Daran aber fehlt es, wenn die Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt auftritt, ohne ausdrücklich im Namen ihres Ehemannes zu handeln.

Die Schwierigkeit, die sich damit der Annahme von Vertretungsrecht in den Weg stellt, läßt sich nicht mit Hilfe jener Ansicht ausräumen, die in der Regelung des § 1357 I 2 eine Vermutung dafür sieht, daß die Ehefrau im Namen ihres Ehemannes gehandelt hat oder zumindest habe handeln wollen⁵⁾. Denn die Ehefrau tritt in aller Regel nicht im fremden Namen

-
- 1) So aber Staudinger-Hübner, § 1357, Rdnr. 10 und Fabrizius, FamRZ 63, 112 ff (S. 118: "... da sie im Interessenbereich der Familie tätig wird ..., Zweckverwalterin, Sachwalterin, Organ der Familiengemeinschaft ..."); vgl. auch Kaden, Rvgl.Hwb VI, S. 201 m.w.N.
 - 2) Vgl. z.B. O. Hierke, Entwurf, S. 402 ff; ders. GenossenschaftsR II, S. 931 f; Th. Kipp, 33. DJT, S. 344 ff(351); so auch Art. 163 ZGB, während der Ehemann alleinverpflichtet ist.
 - 3) So aber Müller-Freienfels, Vertretung, S. 15 u. 212 ff m.w.N.
 - 4) So die h.M.; vgl. z.B. Rosenberg, Stellvertretung, S. 12; Rümelin, AcP 93, 131 ff(145 f); Lent, ZZP 62, 188.
 - 5) RGRK-Hallamik (9. Aufl.), § 1357, 5; de Boor, S. 291.

auf und macht sich auch keine konkreten Vorstellungen hinsichtlich der Fremdwirkung ihres Auftretens. Nach Sinn und Zweck soll § 1357 I 2 gerade in diesen Fällen eingreifen¹⁾, wäre aber als Vermutung gerade dann durch den Nachweis des tatsächlichen Auftretens der Ehefrau oder des tatsächlich von der Ehefrau Gewollten widerlegbar.

Gleiches gilt auch von jener Ansicht, die in § 1357 I 2 eine Auslegungsregel dahingehend sieht, daß die von der Ehefrau vorgenommenen Rechtsgeschäfte in Zweifelsfällen als im Namen des Ehemannes vorgenommen gelten, wenn sich aus den Umständen nichts anderes ergibt²⁾. Der in § 1357 I 2 enthaltene gesetzgeberische Absicht nach soll diese Vorschrift auch dann angewandt werden, wenn die Ehefrau unzweifelhaft nicht im Namen ihres Mannes aufgetreten ist.

Tritt die Ehefrau daher im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt nicht im Namen ihres Ehemannes auf, so fehlt es am wesentlichsten Merkmal des Vertretungsrechts, am Handeln im fremden Namen³⁾. Zwar wird das Offenkundigkeitsprinzip des § 164 II in Literatur und Rechtsprechung beim "Handeln für den es angeht" durchbrochen. Doch ist die Durchbrechung dieses den Geschäftsgegner schützenden Prinzips dort möglich, weil der Geschäftsgegner kein Interesse an der Offenkundigkeit hat. § 1357 I 2, 1. Halbs. aber sieht nicht von der Offenkundigkeit ab, weil der Geschäftsgegner daran kein Interesse hat, sondern normiert die Fremdwirkung gerade unabhängig von der Offenkundigkeit

1) Die Ehefrau braucht sich im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt nicht als verheiratet zu erkennen geben (s.o.S. 110 ff), noch ist § 1357 dann ausgeschlossen, wenn die Ehefrau sich keine konkreten Vorstellungen über die Fremdwirkung ihrer Erklärung macht, vgl. Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 24 (im letzteren Punkt besteht insoweit eine Parallele zur h.M. in § 164 II, die von einem Vertreterwillen absieht, s.o.S. 105 Fußn. 1.

2) Motive IV, S. 119; Staudinger-Engelmann (9. Aufl.), § 1357, 3 b; Dreissing, S. 26.

3) Daher läßt sich die Fremdwirkung des § 1357 I 2, 1. Halbs. auch nicht als eine von der Offenkundigkeit der Erklärung unabhängige reine Gesetzeswirkung charakterisieren, gleichzeitig aber die Stellvertretereigenschaft der im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt nicht erkennbar für ihren Ehemann handelnden Ehefrau bejahen (so aber Fahr, S. 54 ff).

zum Schutze der Ehefrau und des Gläubigers¹⁾. Die Fälle sind daher insoweit nicht vergleichbar und es fehlt an der Berechtigung, in der Fremdwirkung des § 1357 I 2, 1. Halbs. die Wirkung einer Stellvertretung zu sehen, wenn die Ehefrau nicht im Namen ihres Ehemannes handelt²⁾.

Es liegt vielmehr näher, die Fremdwirkung der Schlüsselgewalt insoweit auf Grund einer dem Funktionsbereich der Ehefrau eigentümlichen e i g e n e n Rechts eintreten zu lassen³⁾.

1) S.o.S. 110 ff.

2) Dennoch wird auch nach Erlaß des GleichberechtigungsG von Beitzke, Familienrecht, § 11; Lehmann, Familienrecht, § 11 III 3; Krüger-Breetzke-Nowack, § 1357 9; Erman-Finke, GleichberechtigungsG, § 1357 2; Boehmer, Festschrift für Hedemann, S. 28; Eißer, FamRZ 59, 178; wohl auch Fahr, S. 41 ff und Fabrizio, FamRZ 63, 112 ff, vertreten, die Ehefrau sei auch im Rahmen des § 1357 I 2 gesetzliche Vertreterin ihres Ehemannes.

3) Übereinstimmend Schwarzhaupt f.d. Unterausschuß, FamRZ 57, 53; Gernhuber, Lehrbuch, § 19 III 1; Berger, FamRZ 61, 89 ff(91); ähnlich wohl auch Massfeller-Reinicke, § 1357 2; Schlosser, FamRZ 61, 290; Arnold, FamRZ 58, 194; Soergel-Vogel, § 1357, Rdnr. 7.

Dieses Recht unter Hinweis auf die Amtstreuhanderschaft als gesetzliche Ermächtigung zu charakterisieren (so Erman-Bartholomeyczik, § 1357, 7 b), bringt trotz aller entferntesten Ähnlichkeiten keinen großen Gewinn, birgt dafür aber dogmatische Widersprüche in sich. Denn bei dem weitgespannten Bogen aller denkbaren Schlüsselgewaltgeschäfte wäre eine derartige Ermächtigung eine Kombination aus Verfügungs-, Verpflichtungs- und Einziehungsermächtigung und zugleich sachenrechtlich wirkender Vertrag zugunsten Dritter bzw. Erwerbsermächtigung. Gegen die Zulässigkeit derartiger gesetzlicher Einzelinstitute bestehen zwar keine unüberwindbaren Bedenken. Denn § 185 regelt die Verfügungsermächtigung; eine Einziehungsermächtigung wird heute weitgehend anerkannt (Enneccerus-Lehmann, § 79 IV 2; Enneccerus-Nipperdey, § 204 I 3 a; Staudinger-Coing, Rdnr. 63 d vor § 164 m.w.N. auch für die Gegenansicht; BGHZ 4, 153 ff(164); auch ist eine Verpflichtungsermächtigung dem Gesetz nicht völlig fremd, da die §§ 556 III, 1056 oder auch § 2 III, IV TarifVG und § 81 III, IV ZVG etwas ähnliches enthalten (so insbesondere Bettermann, JZ 51, 321 ff, der die Verpflichtungsermächtigung gegen die h.M. allgemein zulassen will); auch gegen einen nur für diesen Sonderfall durch das Gesetz zugelassenen sachenrechtlich wirkenden Vertrag zugunsten Dritter ist nichts einzuwenden. Doch passen diese Institute weder einzeln noch in ihrer Kombination auf § 1357 I 2. Denn alle denkbaren Formen der Ermächtigung und auch § 328 lassen nur bestimmte Einzelwirkungen in der Person des Dritten entstehen, während die übrigen Wirkungen in der Person des Erklärenden eintreten,

Fraglich ist nunmehr, ob das an sich im Vertretungsrecht beheimatete Institut das "Handeln für den es angeht" auch auf dieses eigene Recht der Ehefrau angewandt werden kann, wenn die Ehefrau für sich oder zumindest auch für sich handeln will.

Wenn auch die Fremdwirkung des § 1357 I 2 beim Handeln im eigenen Namen keine echt vertretungsrechtliche Fremdwirkung ist, so ergeben sich doch ganz ähnliche Fragen, wie sie auch im Rahmen der §§ 164 ff entstehen können. So ist durch § 1357 selbst nicht geregelt, wie die Schlüsselgewaltgeschäfte der minderjährigen Ehefrau zu behandeln sind, ob also eine dem § 165 ähnliche Regelung zu erfolgen hat. Weiterhin ergibt § 1357 I 2 keinen Hinweis, ob hinsichtlich der Beeinflussung der Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel und das Kennen oder Kennenmüssen gewisser Umstände, auf die Person des Ehemannes oder, dem § 166 I entsprechend, auf dessen Ehefrau abzustellen ist. Das Gesetz gibt auch keine unmittelbare Antwort auf die Frage, ob im Falle der Überschreitung der Schlüsselgewalt die Folgen den §§ 177 ff entsprechend zu beurteilen sind, ob auch hier Rechtsscheinsgrundsätze gelten und ob § 181 auch im Rahmen des § 1357 Anwendung findet usw.. Die Wirkungen aber, der zugrunde liegende gesetzgeberische Wille und die Interessen der Beteiligten sind im Rahmen des § 1357 und §§ 164 ff jedoch derart vergleichbar, daß ungeachtet aller unterschiedlichen dogmatischen Begründungen der Fremdwirkungen in § 1357 I 2 heute Einigkeit besteht, die Vertretungsvorschriften im Bedarfsfalle auf § 1357 I 2 zumindest analog anzuwenden¹⁾. Denn wenn auch § 1357 I 2 keinen einheitlichen Tatbestand enthält, so wäre es doch fragwürdig, wenn die Folgen des Handelns der Ehefrau anders sein würden, je nachdem,

der insbesondere auch Geschäftspartei wird (allgemeine Ansicht zu § 328, Erman-Westermann, Vorbem. 1 zu § 328; Palandt-Danckelmann, Vorbem. 1 zu § 328; für die Verpflichtungsermächtigung, Bettermann, JZ 51, 323; Fahr, S. 46). Das aber ist dem § 1357 I 2 gerade fremd. Im übrigen kommt es jedoch in der vorliegenden Untersuchung auf die genaue Charakterisierung dieses Rechts nicht an.

1) Gernhuber, Lehrbuch, § 19 III 1; Beitzke, Lehrbuch, § 11 V; Erman-Bartholomeyczik, § 1357, 7 b; RGRK-Scheffler, § 1357, Anm. 8; Soergel-Vogel, § 1357 Rdnr. 8; Schlosser, FamRZ 61, 287 ff(292); Fahr, S. 56 ff; Fabrizio, FamRZ 63, 112 ff(117); vgl. zu §§ 177 ff unten S. 146 ff.

ob die Ehefrau ausdrücklich oder aus den Umständen erkennbar im Namen ihres Ehemannes, oder ob sie im eigenen Namen auftritt. Dann aber können insoweit auch keine Bedenken bestehen, das dem Vertretungsrecht zugehörige "Handeln für den es angeht" auch auf § 1357 anzuwenden. Zwar wird mit Hilfe des "Handelns für den es angeht" im Rahmen der §§ 164 ff vom Offenkundigkeitsprinzip abgesehen. Wie bereits gezeigt wurde, besteht darin aber nicht der alleinige Kern dieses Instituts. Das "Handeln für den es angeht" ist an sich lediglich die Folge des Grundgedankens, die zum Schutze des Geschäftsgegners aufgestellten Vorschriften dort zu durchbrechen, wo der Geschäftsgegner eines Schutzes nicht bedarf. Hat er im Rahmen des § 164 I kein Interesse an der Offenkundigkeit des Vertreterhandelns, so kann von der in § 164 II vorgesehenen Wirkung mangelnder Offenkundigkeit mit Hilfe des "Handelns für den es angeht" abgesehen und das vom Vertreter wirklich Gewollte wirksam werden. Ähnliches muß dann folgerichtigerweise auch für Schlüsselgewaltgeschäfte gelten. Bedarf der Geschäftsgegner daher im Rahmen des § 1357 I 2 nicht des Schutzes, der auch ihm durch die Fremdwirkung zuteil wird¹⁾, so kann diese Fremdwirkung grundsätzlich durch ein "Handeln für den es angeht" durchbrochen werden, und die von der Ehefrau gewollte dingliche Rechtsfolge eintreten.

b) Zweite Modifizierung des Instituts durch Umkehrung der Interessenlage in § 1357

Der vom Vertreter nicht offenbarte Wille, auch für einen anderen zu erwerben, kann im Rahmen der §§ 164 ff auf Grund des "Handelns für den es angeht" berücksichtigt werden, wenn es dem Geschäftsgegner gleichgültig ist, daß die Rechtsfolgen des dinglichen Geschäfts nicht oder nicht nur in der Person des Verhandlungspartners selbst eintreten, sondern auch in der Person eines Dritten. Soll dagegen im Rahmen des § 1357 I 2 die dingliche Fremdwirkung des Handelns auf Grund eines nur innerlich gebliebenen Willens der Ehefrau durchbrochen

1) S.o.S. 112.

werden, so müßte es dem Geschäftsgegner gleichgültig sein, daß die Wirkungen des dinglichen Geschäfts nicht allein den Ehemann der nach außen hin auftretenden Ehefrau, sondern diese auch selbst treffen.

Häufig wird der Geschäftsgegner nicht wissen oder sich zumindest darüber keine Gedanken machen, daß die ihm gegenüber auftretende Frau verheiratet ist oder daß sie durch ihr Handeln nicht sich selbst verpflichtet und berechtigt, sondern ihren Ehemann¹⁾. In diesen Fällen will der Veräußerer das Kausalgeschäft an sich mit der Ehefrau abschließen und sie auch das Eigentum erwerben lassen. Denn sonst hätte er ihr gegenüber nicht in Unkenntnis der wirklichen rechtlichen Verhältnisse und damit in Unkenntnis der Fremdwirkung des § 1357 I 2 eine entsprechende Erklärung abgegeben. Sollte daher sowohl die dingliche, wie auch die schuldrechtliche Fremdwirkung des § 1357 I 2 zugunsten der Ehefrau durchbrochen werden, so steht ein aner kennenswertes Interesse des Veräußerers nicht entgegen. Anders könnte es jedoch dann sein, wenn - wie hier - die schuldrechtliche Fremdwirkung bestehen bleiben, die dingliche aber dagegen ganz oder zum Teil durchbrochen werden soll. Denn Erwerber und Verpflichteter wären dann verschiedene Personen, während es dem Veräußerer auf deren Identität unter Umständen gerade ankommt. Ein derartiges Interesse an der Personengleichheit kann aber - wenn überhaupt - nur bei Kreditgeschäften anerkannt werden. Denn bei Bargeschäften des häuslichen Wirkungskreises wird es dem Veräußerer in aller Regel gleichgültig sein, welcher der Ehegatten das Eigentum erwirbt, da sich nachteilige Folgen daraus kaum ergeben können, selbst wenn der Ehegatte erwirbt, der nicht Vertragspartei ist. Insoweit gilt im Rahmen der Schlüsselgewaltgeschäfte nichts anderes, als wenn der Ehemann allein auftritt und für seine Ehefrau miterwerben will.

1) Eine andere Frage ist es, ob grundsätzlich immer der Mann verpflichtet wird; so will beispielsweise Dölle, Lehrbuch, § 45 III 2 c, dem Veräußerer ein Wahlrecht geben, sich entweder an den Ehemann oder die Ehefrau zu halten, wenn die Ehefrau den Veräußerer in dem von ihr erkannten Irrtum beläst, sie sei unverheiratet (Haftung u.U. aus culpa in contrahendo, Fußn. 75 a.a.O.).

Bei kurzfristigeren Kreditgeschäften dagegen, die nach dem Lebenszuschnitt der Ehegatten üblich sein können und dann auch von der Ehefrau kraft ihrer Schlüsselgewalt mit Wirkung für den Ehemann abgeschlossen werden können¹⁾ ist zu unterscheiden:

Handelt es sich um Kreditgeschäfte, die keinen Eigentumsvorbehalt zur Folge haben, so kann dem Veräußerer, der sich seines Eigentums völlig begeben hat, nach der objektiven Sachlage²⁾ kein schützenswertes Interesse an der Identität zwischen schuldrechtlichen Vertragspartner und Erwerber zuerkannt werden. Denn ihm haftet der im allgemeinen zahlungsfähige Ehemann, so daß dem von der Ehefrau möglicherweise miterworbenen Gegenstand als Zugriffsobjekt keine Bedeutung zukommt. Ist der Ehemann dagegen zahlungsunfähig, so haftet gemäß § 1357 I 2, 2. Halbs. auch die Ehefrau, so daß die Identität zwischen Verpflichteten und Erwerber in diesen Fällen praktisch wieder hergestellt ist. Auch verliert der Veräußerer durch den Miteigentumserwerb der Ehefrau den Kaufgegenstand weder ganz noch teilweise als Zugriffsobjekt. Denn er kann in dem Miteigentumsanteil des Ehemannes vollstrecken, kann aber gemäß § 1362 i.V.m. § 739 ZPO auch den ganzen Gegenstand pfänden und der Drittwiderspruchsklage der Ehefrau deren subsidiäre Verpflichtung aus § 1357 I 2, 2. Halbs. entgegenhalten³⁾.

1) Vgl. RGRK-Scheffler, § 1357 Anm. 6; Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 21; Gernhuber, Lehrbuch, § 19 III 3; LG München, NJW 61, 677; die Zulässigkeit, Kreditgeschäfte als Schlüsselgewaltgeschäfte abzuschließen, kann § 1357 I 2, 2. Halbs. selbst entnommen werden und wird insbesondere auch von den Autoren indirekt anerkannt, die untersuchen, ob der Ehefrau ein Anspruch auf Übereignung des vom Ehemann erworbenen Gegenstandes zusteht, wenn sie ihrer subsidiären Zahlungsverpflichtung aus § 1357 I 2, 2. Halbs. nachgekommen ist; denn derartige Fälle sind im allgemeinen nur denkbar, wenn die Ehefrau Schlüsselgewaltgeschäfte auf Kreditbasis abschließt.

Weber, 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 18, hält in zu enger Auslegung der Zulässigkeit eines Radiokaufs bereits für einen Grenzfall; kritisch gegenüber Anzahlungsgeschäften im Rahmen von Schlüsselgewaltgeschäften, Schwarzhauß, 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 18.

2) S.o.S. 99 Fußn. 3.

3) S.o.S. 16.

Handelt es sich dagegen um einen finanzierten Kauf, der zumindest im wirtschaftlichen Sinn ebenfalls zu den Kreditgeschäften zu rechnen ist¹⁾, so würde gemäß § 1357 I 2 der Kaufvertrag und der Darlehensvertrag mit dem Ehemann zustande kommen. Der Veräußerer würde den Kaufgegenstand auch unmittelbar übereignen, und zwar gemäß § 1357 I 2 auf den Ehemann. Dieser würde das Eigentum jedoch sofort wieder an das Finanzierungsinstitut verlieren, da die Ehefrau in Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Kauf- und Darlehensvertrag und kraft ihrer Schlüsselgewalt zugunsten des Finanzierungsinstituts und zu Lasten ihres Ehemannes über das Eigentum sicherungshalber verfügt hätte. Würde die Ehefrau nun im Wege eines modifizierten dinglichen "Handelns für den es angeht" das Eigentum auch für sich erwerben wollen, so könnten dem keine berechtigten Interessen des Veräußerers entgegenstehen. Denn die Ehefrau würde auch in diesem Fall - obwohl sie mangels schuldrechtlichen "Handelns für den es angeht" an sich dazu nicht verpflichtet wäre - das Eigentum sicherungshalber auf das Finanzierungsinstitut übertragen. Dazu wäre sie kraft ihrer Schlüsselgewalt und kraft ihrer Stellung als Eigentümerin in der Lage. Derartige Fälle werden aber nur sehr selten sein. Denn die Aufnahme eines Darlehens, wie es für einen finanzierten Kauf notwendig ist, wird fast nie von der Schlüsselgewalt der Ehefrau umfaßt werden²⁾, auch wenn der Kauf des Gegenstandes selbst in den häuslichen Bereich der Ehefrau fällt und auch auf Abzahlung kraft ihrer Schlüsselgewalt vorgenommen werden dürfte³⁾. Zwar handelt es sich um einen finanzierten Kauf und der Ehefrau würden daher Darlehens- und Kaufvertrag als Einheit erscheinen, doch gilt rechtlich das Trennungsprinzip und der Darlehensvertrag ist daher gesondert zu beurteilen⁴⁾. Gegen die Häufigkeit derartiger Geschäfte spricht auch, daß die Finanzierungsinstitute Darlehensverträge häufig nur mit beiden Ehegatten gemeinschaftlich abschließen werden⁵⁾.

1) S.o.S. 103.

2) LG Landshut, FamRZ 58, 467; Soergel-Vogel, § 1357 Rdnr. 20; Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 21.

3) S.o.S. 126.

4) S.o.S. 103 ff.

5) S.o.S. 100.

Unproblematisch sind dagegen Kreditgeschäfte, in denen ein Eigentumsvorbehalt gemäß § 455 vereinbart wird. Konstruktiv bestehen insoweit keine Schwierigkeiten. Denn wenn die Übertragung des Anwartschaftsrechtes am Miteigentumsanteil durch "Handeln für den es angeht" im Rahmen der §§ 164 ff durchführbar ist¹⁾, so muß das im Rahmen des § 1357 ebenso möglich sein. Auch umfaßt die Schlüsselgewalt auch die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes, wenn der Abschluß des schuldrechtlichen Kreditgeschäftes von der Schlüsselgewalt gedeckt wird. Für den Veräußerer ist eine derartige Übertragung risikolos, da er durch die aufschiebend bedingte Übereignung hinreichend geschützt ist.

Gleiches gilt auch dann, wenn der Veräußerer von der Verheiratung der ihm gegenüber auftretenden Ehefrau weiß oder zumindestens mit deren Verheiratung rechnet und sich auch der Fremdwirkung ihrer Erklärung bewußt ist. Auch hier kann ein schützenswertes Interesse des Veräußerers am Alleinerwerb des bei Zahlungsfähigkeit allein verpflichteten Ehemannes nicht anerkannt werden. Denn der Veräußerer kann bei Kenntnis aller bereits oben skizzierten rechtlichen Konsequenzen und zu seinen Gunsten eingreifenden rechtlichen Möglichkeiten, dem sofortigen Miteigentumserwerb der Ehefrau bei vernünftiger Überlegung nichts entgegenhalten.

Mittels eines auf die eigene Person beschränkten "Handelns für den es angeht" kann daher die Ehefrau im Rahmen des § 1357 I 2 bei Bar- und Kreditgeschäften für sich das Eigentum am Kaufgegenstand miterwerben.

4. Miteigentumserwerb der Ehefrau, wenn sie ihre subsidiären Zahlungsverpflichtungen aus § 1357 I 2, 2. Halbs. nachgekommen ist

Die Ehefrau will in aller Regel nicht nur dann am Neuerwerb für den häuslichen Bereich mitbeteiligt werden, wenn die gemeinschaftliche Finanzierung von vornherein beabsichtigt war, son-

1) S.o.S. 101.

dem auch dann, wenn sie Zahlungen entgegen ihrer ursprünglichen Absicht beim Abschluß des Geschäftes nur deshalb leistet, weil sie gemäß § 1357 I 2, 2. Halbs. in Anspruch genommen wird. In diesen Fällen aber hat der Ehemann in der Regel vor vollständiger Kaufpreiszahlung entweder das Vollen Eigentum am Kaufgegenstand bereits erworben oder ein Anwartschaftsrecht auf das Vollrecht erlangt, das bei Bedingungseintritt grundsätzlich zum Vollen Eigentum des Ehemannes erstarkt. Zumindest aber hat er allein aus dem zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag einen Anspruch auf Übertragung des Vollen Eigentums. Da jedoch § 1357 I 2, 1. Halbs. in erster Linie eine Schutzbestimmung zugunsten der Ehefrau ist¹⁾, darf dieser Schutz nicht ohne weiteres durch § 1357 I 2, 2. Halbs. in sein Gegenteil verkehrt werden. Das aber wäre der Fall, wenn die Ehefrau zwar zur Zahlung verpflichtet ist, dennoch aber der Ehemann allein und endgültig berechtigt würde.

Das gilt insbesondere deshalb, weil die Ehefrau nicht nur dann haftet, wenn ihr Ehemann bereits bei Abschluß des Schlüsselgewaltgeschäftes zahlungsunfähig war. In einem derartigen Fall kannte sie in aller Regel die Vermögenslage ihres Ehemannes und mußte daher mit einer für sie akut werdenden Zahlungspflicht rechnen. Die Regelung des § 1357 I 2, 1. und 2. Halbs. wäre dann auch nicht völlig unangemessen. Das ist sie aber, da die Ehefrau gemäß § 1357 I 2, 2. Halbs. auch dann auf Zahlung haftet, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes erst nach Abschluß des Schlüsselgewaltgeschäftes eintritt und die Ehefrau mit einer für sie akut werdenden Zahlungspflicht unter Umständen auch nicht zu rechnen brauchte²⁾.

1) S.o.S. 112.

2) So Palandt-Lauterbach, § 1357 3 b; Krüger-Breetzke-Nowak, § 1357, 10; Erman-Bartholomeyczik, § 1357 8; Erman-Finke, Gleichberechtigungsg., § 1357 3; Massfeller-Reinicke, § 1357 3 b; Achilles-Greiff-Beitzke, § 1357 7; Beitzke, Lehrbuch, § 11 V 2; Bosch, FamRZ 58, 291; Fahr, S. 64; für das Schweizerische Recht Egger, Art. 8, 207, 17; Trib. Canton Vaud, Schw. JurZ 13, 181, Nr. 310. A.A. RGRK-Scheffler, § 1357 Anm. 13; Baur, FamRZ 58, 254; Döring, Zahnärztl. Mittlg. 58, 162 ff; Weimar, MDR 61, 746; Siméon-David-Haffner, § 180, 5 b (S. 318); Maurer, S. 108 ff; Döller, Lehrbuch, § 45 III 3 a; vgl. LG Berlin, FamRZ 57, 320.

Das folgt aus der Entstehungsgeschichte der subsidiären Haftung, die an die Stelle eines im zweiten Regierungsentwurfs vorgesehenen Leistungsverweigerungsrechts der Ehefrau bei Zahlungsfähigkeit des Mannes im Rahmen einer grundsätzlichen gemeinschaftlichen Berechtigung und Verpflichtung getreten ist. Das Leistungsverweigerungsrecht aber knüpfte hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit des Ehemannes nicht an den Zeitpunkt des Geschäftschlusses an, so daß auch die subsidiäre Zahlungsverpflichtung des § 1357 n.F. nicht durch diesen Zeitpunkt limitiert werden kann. Nur bei dieser Auslegung entspricht die subsidiäre Haftung der Ehefrau ihrer subsidiären Unterhaltspflicht. Denn gerade bei Zahlungsunfähigkeit des Mannes nach Abschluß des Kaufvertrages wird die Ehefrau häufig in erhöhtem Maße zu einem Beitrag in Geld verpflichtet sein¹⁾.

Ist aber das Auslösungsmoment der subsidiären Zahlungsverpflichtung der Ehefrau derart weit über den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses hinausgezogen, so darf die Frau billigerweise nicht zur Zahlung verpflichtet sein, ohne ein entsprechendes Äquivalent zu erhalten. Denn sie wird, insbesondere bei langfristigen Kreditgeschäften, die drohende Zahlungsunfähigkeit ihres Ehemannes bei Abschluß des Geschäftes häufig noch nicht gekannt haben und brauchte in aller Regel auch nicht damit zu rechnen. Sie haftet aber dennoch auf Grund gesetzlicher Anordnung²⁾, ohne sich stillschweigend subsidiär mitverpflichtet zu haben. Insbesondere kann in diesen Fällen auch nicht ohne weiteres angenommen werden, der Ehemann übertrage ihr, nachdem sie vom Veräußerer erfolgreich in Anspruch genommen worden ist, nachträglich in einer der Zahlung entsprechenden Höhe Eigentum. Eine derartige Übereignung ist zwar konstruktiv unproblematisch³⁾, doch beruhte ihre Bejahung auf einer bedenklichen Unterstellung. Die Ehefrau wäre daher nur dann in etwa⁴⁾ geschützt, wenn sie mit Zahlung Eigentum bzw. Miteigentum oder einen entsprechenden Übereignungsanspruch oder zumindest einen Ersatzanspruch erwerben würde.

1) Vgl. dazu Fahr, S. 62 f.

2) Dazu s.u.S. 133 ff.

3) S.u.S. 149 f.

4) Vgl. noch die Anfechtungsmöglichkeiten gemäß § 32 Ziffer 2 KO und § 2 Ziffer 4 Aufg.

Das Gesetz selbst regelt diese Frage in § 1357 nicht. In den Ausschlußberatungen ist diese Frage zwar gesehen worden, ihre Beantwortung ist aber bewußt der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen worden¹⁾. Es gilt daher, diese Primärlücke des Gesetzes auszufüllen. Es ist heute allgemeine Überzeugung, daß das im Wege einer wertenden Jurisprudenz interessen-gerecht zu geschehen hat.

a) Miteigentumserwerb der Ehefrau, wenn der Ehemann das Eigentum am Kaufgegenstand bereits erworben hat

Hat der Veräußerer den Kaufgegenstand übereignet, obwohl der Kaufpreis noch nicht oder noch nicht vollständig bezahlt wurde, so kann die Ehefrau, die ihrer subsidiären Zahlungsverpflichtung nachgekommen ist, durch ihre Zahlung gegen den Veräußerer keinen Anspruch auf Übereignung mehr erwerben. Denn das Eigentum hat bereits der Ehemann erworben, der es nach Zahlung durch seine Ehefrau auch nicht mehr - denkbar wäre §§ 325 f, 327 1 i.V.m. §§ 346 ff - auf den Veräußerer zurückübertragen muß. Auch geht das Eigentum nicht ohne weiteres vom Ehemann auf die Ehefrau über, es sei denn, kraft dinglicher Surrogation oder auf Grund des sogenannten "Gegenleistungsprinzips"²⁾.

aa) Dingliche Surrogation und "Gegenleistungsprinzip"

Dingliche Surrogationensind dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Güterrecht nicht fremd. Doch lassen sich derartige Ausnahmever-schriften nicht ohne weiteres auf andere Fälle anwenden, zumal wenn - wie im Falle des § 1357 - dieser Weg in den gesetzgebe-rischen Beratungen vor Erlass des Gesetzes zwar erwogen, aber wegen dogmatischer Bedenken und aus Zweckmäßigkeitserwägungen heraus nicht in das Gesetz aufgenommen wurde³⁾. Zwar darf die juristische Interpretation eines Gesetzes nicht nur das Nach-denken der Überlegungen des Gesetzgebers sein, sondern muß

1) So z.B. Reinicke, 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 16, in seinen Erläuterungen zum Regierungsentwurf.

2) Im letzteren Sinne z.B. Müller-Freienfels, JZ 57, 693.

3) Vgl. 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 15 ff.

das Gedachte unter Umständen erst zu Ende denken. Dabei kann dem Gesetz dann möglicherweise mehr zu entnehmen sein, als vom Gesetzgeber mit Bewußtsein hineingelegt wurde¹⁾. Es kann daher dem gesetzanwendenden Juristen auch grundsätzlich nicht verwehrt sein, mit Hilfe des Surrogationsgedankens den Eigentumserwerb der Ehefrau unmittelbar eintreten zu lassen, wenn dieser Gedanke auf § 1357 I 2, 2. Halbs. dogmatisch passen würde und wenn im Rahmen dieser Vorschrift das im Einzelfall aner kennenswerte Interesse einer Einzelperson über das Interesse der Allgemeinheit an der Erkennbarkeit sachenrechtlicher Vorgänge zu setzen wäre.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in einer Reihe von Ausnahmefällen die Person des Erwerbers eines Rechts abweichend von der Person, die bei Anwendung allgemeiner Vorschriften das Recht an sich erwerben würde; so bei allen Surrogationsvorschriften oder im Rahmen des § 1416 I 2 oder des § 1357 I 2, 1. Halbs. selbst. Kennzeichen dieser Fälle ist, daß hier das Recht auch ohne die gesetzlichen Sondervorschriften entstehen oder übergehen würde, wenn auch in einer oder auf eine andere Person. Das ist beispielsweise gemäß §§ 1370, 1418 I Ziff. 3, 1473, 1638 II, 1646, 2019, 2041, 2111 der Fall, wenn die Parteien den Rechtsübergang vereinbart haben und auch die sonstigen Voraussetzungen des Rechtsübergangs vorliegen, aber ein Dritter oder auch ein Dritter das Recht erwirbt. Das Gesetz ersetzt interessengerechterweise lediglich die nach allgemeinen Vorschriften erwerbende Person durch eine andere Person²⁾.

Um einen derartigen Fall handelt es sich jedoch nicht, wenn die Ehefrau das vom Veräußerer auf den Ehemann bereits unbedingt und endgültig übertragene Eigentum nachträglich selbst erwerben soll, nachdem sie ihrer subsidiären Zahlungsverpflichtung aus § 1357 I 2, 2. Halbs. nachgekommen ist. Hier ist das Recht bereits übergegangen und soll nachträglich durch einen

1) Radbruch, Vorschule, S. 9.

2) Das gilt nicht nur in den oben einzeln aufgeführten Surrogationsfällen, sondern mit gewissen Abweichungen auch in den anderen Surrogationsfällen des BGB, wie in §§ 1247, 1287, 2164, 2288 und auch im Rahmen der §§ 1164, 1173 II, 1174, 1416 I 2 oder des § 1357 I 2, 1. Halbs. selbst.

Umstand, der an sich mit der erfolgten Übereignung nichts zu tun hat, auf eine andere Person übergehen. Ein derartiger nachträglicher Eigentumswechsel durch Surrogation ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd. Daher muß es auch der juristischen Interpretation verwehrt sein, mit Hilfe dieser Konstruktion die Ehefrau im Rahmen des § 1357 I 2, 2. Halbs. gegen den historischen Gesetzgeber Eigentum erwerben zu lassen.

Aber auch das "Gegenleistungsprinzip" kann einen derartigen Eigentumserwerb der Frau nicht herbeiführen. Dieses im englischen Recht beheimatete Prinzip findet dort seine Rechtfertigung, da dort ein Vertrag (contract im Gegensatz zum promise) erst dann besteht, wenn zu Angebot und Annahme weitere Tatbestandsmerkmale einer "heteronomen Norm"¹⁾ hinzukommen. Das ist dem deutschen Vertragsrecht jedoch fremd. Die Anwendung des Gegenleistungsprinzips würde im Rahmen der Schlüsselgewaltsgeschäfte auch bedeuten, daß bei Vorleistung des Veräußerers die Eigentumsverhältnisse bis zur restlosen Bezahlung des Kaufpreises ungeklärt blieben, während § 1357 I 2 gerade vorsieht, daß der Ehemann berechtigt und verpflichtet wird, ohne auf die Zahlungsfähigkeit des Mannes und die tatsächlich erfolgte Zahlung der Ehefrau abzustellen²⁾.

bb) Zahlungs- und Übereignungsansprüche

Erwirbt die Ehefrau, nachdem sie ihrer Zahlungsverpflichtung aus § 1357 I 2, 2. Halbs. nachgekommen ist, nicht automatisch das bereits von ihrem Ehemann erworbene Eigentum, so könnte ihr jedoch ein entsprechender Übereignungs- oder Ersatzanspruch gegen ihren Ehemann zustehen.

1) "... welche die Rechtsfolge einer heteronomen Anerkennung (Reproduktion) der autonom normierten Rechtsfolgen an die Erfüllung von Rechtsbedingungen durch die eine oder andere der autonom-normativ tätig gewordenen Parteien knüpft", W.G. Becker, Z.f.d. ges. Staatswissenschaft, Band 106, 160; dazu auch Müller-Freienfels, Rabel Z 52, 578 ff und 53, 12 ff (insbes. S. 60 f und 68 f).

2) Ablehnend u.a. Thiele, FamRZ 58, 117 f; Fahr, S. 121; Hansen, S. 75; Palandt-Lauterbach, § 1357, 3 b.

Denkbar wäre es beispielsweise, daß die Ehefrau gemäß § 774 die Forderung des Veräußerers gegen ihren Ehemann erwirbt. Doch erheben sich gegen die Anwendbarkeit von Bürgschaftsvorschriften auf § 1357 Bedenken. Denn die Ehefrau tritt gemäß § 1357 I 2, 2. Halbs. nicht für eine fremde Schuld ein. Die Verpflichtung aus Schlüsselgewaltgeschäften sind Verpflichtungen aus dem gemeinschaftlichen Lebensbereich beider Ehegatten. Sie treffen lediglich kraft Gesetzes zunächst den Ehemann allein, weil dieser in der Normalhe Ehe Alleinverdiener ist und seiner Unterhaltungspflicht durch Bereitstellung der Geldmittel nachkommen muß. Auch hat die Ehefrau ein eigenes unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Leistung des Veräußerers. Ihr kommen die Vorteile aus dem fremden Vertrag unmittelbar zugute. Ihre Zahlungspflicht trifft sie daher nicht aus altruistischen Gesichtspunkten, vielmehr tritt sie für eine Schuld ein, die aus wirtschaftlichen Erwägungen und auf Grund der ehelichen Lebensgemeinschaft auch ihre eigene Schuld ist, für die aber nur aus Gründen der ehelichen Funktionsverteilung zunächst der Ehemann allein einzutreten hat. Eine derartige eigenorientierte Erfüllung ist der Bürgschaft an sich fremd¹⁾. Ist schon aus diesen Gründen die Anwendbarkeit der §§ 765 ff auf die Subsidiärverpflichtung der Ehefrau ganz allgemein zweifelhaft, so ist insbesondere eine generelle cessio legis, wie sie § 774 I vorsieht, für § 1357 I 2, 2. Halbs. unangebracht. Denn häufig wird die Ehefrau nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes verpflichtet sein, den Unterhalt ganz oder zum Teil durch eigene finanzielle Leistungen zu bestreiten²⁾. Das ist beispielsweise der Fall, wenn sie bei Invalidität oder Arbeitslosigkeit des Ehemannes selbst erwerbstätig ist. Dann ist sie schon auf Grund ihrer Unterhaltungspflicht im Innenverhältnis zur Zahlung des noch ausstehenden Kaufpreises verpflichtet, so daß ein schuldrechtlicher

1) So die Literatur und Rechtsprechung in ihrer Unterscheidung zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme, Erman-Wagner, 3 b vor § 765; Staudinger-Brändl, Rdnr. 53 vor § 765; Enneccerus-Lehmann, § 197 I; Larenz, § 31 III; RGZ 64, 318 ff(320); 71, 113 ff(118); 90, 415 ff(417); vgl. insbesondere auch Gernhuber, Lehrbuch, § 19 IV 2; RGRK-Scheffler § 1357 Anm. 14; Fahr, S. 77.

2) S.o.S. 130.

Zahlungsanspruch gegen ihren Ehemann nicht gerechtfertigt ist. Aus diesen Gründen wird auch von Autoren, die in der subsidiären Schuld der Ehefrau eine gesetzliche Bürgschaft oder zumindest eine bürgschaftsähnliche Schuld sehen¹⁾, teilweise der gesetzliche Forderungsübergang des § 774 I ausdrücklich ausgeschlossen²⁾. Dann aber bleibt von den typischen Bürgschaftsmerkmalen nur wenig übrig.

Es liegt daher näher, in § 1357 I 2, 2. Halbs. eine bedingte Gesamtschuld zu sehen³⁾. Die Forderung des Gläubigers geht dann gemäß § 426 II 1 lediglich soweit über, wie ein Ersatzanspruch des zahlenden Gesamtschuldners gegen den anderen Gesamtschuldner besteht. Das aber heißt in der vorliegenden Untersuchung, daß der Anspruch des Verkäufers gemäß § 426 II 1 nur insoweit auf die Ehefrau übergeht, soweit dieser im Innenverhältnis ein Ersatzanspruch gegen ihren zahlungsunfähigen Ehemann zusteht. Ist die Ehefrau daher auf Grund ihrer Unterhaltspflicht im Zeitpunkt der Fälligkeit der Schuld des Ehemannes verpflichtet, den finanziellen Aufwand der Familie und infolgedessen im Verhältnis beider Ehegatten auch die Raten für das von ihr selbst abgeschlossene Schlüsselgewaltgeschäft zu tragen, erwirbt sie daher keinen Zahlungsanspruch gegen ihren Ehemann. Geht die Verpflichtung der Ehefrau aus § 1357 I 2, 2. Halbs. dagegen über das hinaus, was ihr auf Grund des Innenverhältnisses beider Ehegatten obliegt, so erwirbt sie gemäß § 426 I 1 in entsprechender Höhe einen Ausgleichsanspruch gegen ihren Ehemann⁴⁾ und daher in Höhe des Ausgleichsanspruches gemäß § 426 II 1 auch den ursprünglich dem Veräußerer zustehenden Anspruch gegen den Ehemann⁵⁾.

-
- 1) Krüger-Breetzke - Nowak, § 1357, 10; Erman-Finke, GleichberechtigungsG, § 1357 3; Erman-Bartholomeyczik, § 1357 8; Palandt-Lauterbach, § 1357, 3 b; Hansen, S. 70; Boehmer, JZ 61, 267 f.
 - 2) So z.B. Krüger-Breetzke-Nowack a.a.O.
 - 3) Soergel-Vogel, § 1357 Rdnr. 28; Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 36; Beitzke, Lehrbuch, § 11 V 2; Gernhuber, Lehrbuch, § 19 IV 2; Baur, FamRZ 62, 508; Fahr, S. 72 ff; Fabrizio, FamRZ 63, 118; Reinicke, 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 16.
 - 4) Im Ergebnis ähnlich wohl auch Fahr, S. 121 f; Gernhuber, Lehrbuch, § 19 IV 4; Reinicke, 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 16.
 - 5) Vgl. auch noch den Wertersatzanspruch aus § 818 II, s.u. S. 136.

Hat die Ehefrau aber keinen Ersatzanspruch gegen ihren Ehemann erworben, weil sie im Innenverhältnis die finanziellen Lasten des Familienunterhalts zu tragen hat, so fragt sich, ob sie dann nicht die Übereignung des Kaufgegenstandes in der Höhe ihrer Ratenzahlung von ihrem Ehemann verlangen kann. Denn wenn die Ehefrau auch auf Grund ihrer Unterhaltungspflicht im Innenverhältnis zur Zahlung verpflichtet ist, so erscheint es dennoch zweifelhaft, ob das heißt, daß sie am Eigentumserwerb während des Bestehens der Ehe insoweit nicht beteiligt sein soll. Ein derartiger Übereignungsanspruch der Ehefrau wird in der Literatur häufig erwähnt. Teilweise werden diesem Anspruch die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung zugrunde gelegt¹⁾, zum Teil wird eine konkrete Anspruchsgrundlage nicht genannt²⁾.

Wendet man Bereicherungsrecht an, so könnte der Bereicherungsgegenstand im Sinne des § 812 möglicherweise das Eigentum am Kaufgegenstand sein³⁾. Dagegen scheidet die Befreiung des Ehemannes von seiner Verbindlichkeit von vornherein aus. Zwar erlangt der Ehemann die Befreiung von seiner Schuld "in sonstiger Weise"⁴⁾ auf Kosten seiner Ehefrau. Doch besteht im Verhältnis Ehemann und Ehefrau auf Grund der erhöhten Unterhaltungspflicht für diese Bereicherung ein Rechtsgrund. Auch ist ein derartiger Bereicherungsgegenstand nicht geeignet, dem Bereicherungsgläubiger einen Anspruch auf Übereignung des Kaufgegenstandes, sondern allenfalls einen Wertersatzanspruch gemäß § 818 II zu geben. Denn das Eigentum ist insoweit weder das Erlangte selbst noch ein Surrogat desselben im Sinne des § 818 I.

1) Krüger-Breetzke-Nowack, § 1357, 10; Fahr, S. 122; vgl. auch Wittrock, 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 15.

2) Palandt-Lauterbach, § 1357, 3 a; Erman-Bartholomeyczik, § 1357, 9; Massfeller-Reinicke, § 1357, 3 d; Reinicke, NJW 57, 935; Arnold, FamRZ 58, 196.

3) Auch wenn die Ehefrau zunächst alleinige Besitzerin wird und dem Ehemann erst später den Mitbesitz einräumt (vgl. aber oben Seite 93f), so ist für eine Kondiktion insoweit kein Raum, da der vom Ehemann erlangte Mitbesitz, unabhängig von der Eigentumslage, durch § 1353 gerechtfertigt ist; vgl. oben Seite 94.

4) v. Caemmerer, Festschrift für Rabel I, S. 361 f; Fikentscher, § 99 V 1 b (Auslagenkondiktion).

Stellt man auf das vom Ehemann erworbene Eigentum am Kaufgegenstand als Bereicherungsgegenstand ab, so kommt allenfalls eine Bereicherung "durch Leistung" der Ehefrau in Frage, da der Bereicherungsgegenstand geleistet wurde und an der Leistung eine der Bereicherungsparteien beteiligt war und daher aus dem Grundsatz der Alternativität von Vermögensverschiebung "durch Leistung" oder in "sonstiger Weise" eine Bereicherung in "sonstiger Weise" ausscheidet¹⁾. Dabei ist dann zu unterscheiden:

Ist die Ehefrau beim Abschluß des Schlüsselgewaltgeschäftes im Namen ihres Ehemannes und daher als Vertreterin aufgetreten, so scheidet ein ihr zustehender Bereicherungsanspruch aus, da das Handeln von Hilfspersonen auch im Rahmen des Leistungsbegriffes des § 812 I 1 ein Handeln des Geschäftsherrn darstellt²⁾ und die Ehefrau daher der nicht Leistende im Verhältnis zum Ehemann ist. Tritt die Ehefrau dagegen nicht im Namen ihres Mannes auf, sondern handelt auf Grund des ihr durch § 1357 I 1 zugewiesenen eigenen Rechts, so kommt ein Anspruch aus § 812 I 1 ebenfalls nicht in Frage. Zwar ist alles geleistet, was der Zuwendende dem Empfänger verschafft hat, gleichgültig, ob der Vermögensgegenstand vorher zum Vermögen des Zuwendenden gehört hat, oder ob der Zuwendende aus einem anderen Grund über dieses Gut verfügen konnte³⁾. Daher ist nicht bereits die objektive Seite der Leistung der im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt handelnden Ehefrau an den Ehemann abzulehnen, obwohl die Ehefrau nie Eigentümerin des Kaufgegenstandes gewesen ist⁴⁾. Es fehlt jedoch an der subjektiven Seite der

1) BGHZ 40, 278 m.w.N.; Larenz, § 62 I b aE.

2) Palandt-Gramm, § 812, 2 und 4 B b) aa).

3) Z.B. nach §§ 929, 932 oder § 185 oder gemäß § 1357 I 2, 1. Halbs., soweit es sich um das eigene Recht der Ehefrau handelt, wenn sie nicht im Namen des Ehemannes auftritt; so die h.M.; vgl. z.B. v. Caemmerer, Festschrift für Rabel I, S. 350; Esser, § 189, 7; Soergel-Mühl, § 812 Rdnr. 22.

4) A.A. sind Larenz, § 62 II; Fikentscher, § 9 II 1 b; Palandt-Gramm, § 812, 4; danach lautet das 2. Tatbestandsmerkmal des § 812 nicht nur "durch Leistung des Anspruchstellers", sondern "durch Leistung des Anspruchstellers und auf dessen Kosten"; die Lösung führt zu Unklarheiten bei Vermögensverschiebungen, die zwar Folge einer zweckbestimmten Zuwendung sind, aber nicht auf Kosten des Zuwendenden erfolgt sind; Larenz, a.a.O., gibt selbst zu, daß die Lösung der h.M. häufig zweckmäßiger ist.

Leistung, da keine gewollte und zweckbestimmte Zuwendung vorliegt¹⁾. Hier liegt insbesondere auch keine doppelte Wertbewegung wie in den Fällen der sog. Dreiecksverhältnisse. Denn der Veräußerer übereignet den Kaufgegenstand nicht auf Grund der subsidiären Zahlungsverpflichtung, sondern auf Grund der bestehenden Vertragsbeziehungen. Er stellt sich zwar unter Umständen irrtümlich vor, die ihm gegenüber auftretende Ehefrau sei Vertragspartei und werde daher auch das Eigentum am Kaufgegenstand erwerben. Doch ist diese Vorstellung wegen der in § 1357 I 2 angeordneten grundsätzlichen Fremdwirkung bedeutungslos. Auch aus der überzeugenden neueren Ansicht zur Kennzeichnung der Person des Leistenden, die auf eine objektive Betrachtungsweise des Zuwendungsempfängers abstellt²⁾, ergibt sich, daß eine kondiktionsfähige Vermögensverschiebung im Verhältnis der Ehegatten nicht vorliegt. Denn aus der Sicht des Ehemannes war nicht die Ehefrau Leistende, sondern der Veräußerer. Eine Kondiktion muß daher auch insoweit ausscheiden. Mag daher auch ein endgültiger Eigentumserwerb des Ehemannes, dessen Ehefrau ihrer subsidiären Zahlungsverpflichtung nachgekommen ist, nicht recht und billig sein, im Verhältnis der Ehegatten ist der Ehemann jedoch nicht in Sinne des § 812 ungerechtfertigt bereichert. Die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung können nicht dazu dienen, alle ungerechten und unbilligen Vermögensverschiebungen nachträglich zu korrigieren.

Denkbar wäre es, der Ehefrau in diesen Fällen durch § 1353 zu ihrem Recht zu verhelfen.

Diese Vorschrift im ehelichen Vermögensrecht anzuwenden, läßt sich nicht als "gewagte Systemwidrigkeit" ablehnen³⁾, sondern

- 1) So der Begriff der Leistung von der h.M.; z.B. BGHZ 40, 277; 43, 11; Berg, NJW 62, 101; Esser, § 189, 6.
- 2) BGHZ 40, 277 f im Anschluß an Esser, § 190, 2; Larenz, 62 I a, S. 365 Anm. 4 gegen Berg, NJW 62, 101 u.a.. Der Leistende hat die Möglichkeit deutlich zu machen, daß er als Leistender angesehen werden soll, während der Empfänger mangels ausdrücklicher Klarstellung durch den Zuwendenden auf die Sachlage vertrauen muß und daher schutzwürdiger ist.
- 3) So Wägenbaur, FamRZ 58, 398 ff(400); vgl. auch Wetzel, ArchBürgR 26, 54 ff(71 ff).

ist dem Charakter der Vorschriften nach auch für diesen Ehebereich grundsätzlich gerechtfertigt. Denn § 1353 ist die Generalklausel des Eherechts¹⁾, deren Beschränkung auf die persönlichen Belange der Ehegatten zu unlöslichen Schwierigkeiten führen würde, da gerade im Eherecht häufig die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse untrennbar miteinander verwoben sind. § 1353 wird daher auch von der Literatur und Rechtsprechung zu Recht ständig im vermögensrechtlichen Ehebereich angewandt²⁾. Bei derartigen vermögensrechtlichen Ansprüchen unter Eheleuten nicht lediglich schuldrechtliche Institute, sondern auch § 1353 anzuwenden, hat zudem den Vorteil, nicht mit wenig anpassungsfähigen vermögensrechtlichen Ansprüchen arbeiten zu müssen, wenn persönliche und vermögensrechtliche Bereiche ineinander übergehen. Die Anwendung einer flexibleren, nicht nur die vermögensrechtliche Seite berücksichtigenden Anspruchsgrundlage ist angebrachter, da sie die sich hier ergebenden Fragen interessengerechter zu beantworten vermag. Während häufig die durch Anwendung schuldrechtlicher Normen im Familienrecht erlangten unbilligen Ergebnisse durch §§ 242, 138 oder auch durch die familienrechtliche Gewaltklausel des § 1353³⁾ korrigiert werden müssen, trägt § 1353 - als Anspruchsgrundlage angewandt - das Korrektiv bereits in sich. Überall dort, wo spezielle Normen im ehelichen Vermögensrecht nicht eingreifen, wird § 1353 daher zu angemesseneren Ergebnissen gelangen als schuldrechtliche Normen, die für das Familienrecht ihrem Ursprung nach nicht gedacht sind und daher auch nicht den Spielraum offen lassen, der gerade für den sittlich-rechtlichen Gesamtbereich der Ehe erforderlich ist. Das gilt insbesondere auch für einen etwaigen Übereignungsanspruch einer Ehefrau, die ihrer subsidiären Zahlungsverpflichtung aus § 1357 I 2, 2. Halbs. nachgekommen ist und über § 426 keinen Ersatzanspruch gegen ihren Ehemann erworben hat.

Die subsidiäre Zahlungsverpflichtung der Ehefrau entspricht in der Regel der subsidiären Unterhaltspflicht und findet

1) Gernhuber, FamRZ, 465 ff; Wägenbaur a.a.O.

2) Vgl. Gernhuber, FamRZ 59, 466 f mit ausführlichen Nachweisen.

3) BGHZ 34, 80 ff; 37, 38 ff; Gernhuber, Lehrbuch, § 18 II 3; vgl. schon RGZ 87, 56 ff(62 f).

ihre innere Rechtfertigung in der von gleichberechtigten Ehepartnern geschlossenen Lebensgemeinschaft, in der die Funktionen der geschlechtlichen Eigenart der Ehegatten entsprechend verteilt sind. Die subsidiäre Zahlungsverpflichtung wäre - ebenso wie die Schlüsselgewalt selbst¹⁾ - auch ohne ausdrückliche Normierung an sich bereits § 1353 zu entnehmen. Bei Zahlungsunfähigkeit ihres Ehemannes ist die Ehefrau ihrer Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft daher erst dann nachgekommen, wenn sie - soweit sie dazu in der Lage ist - für die Schulden ihres Ehemannes eingetreten ist.

§ 1353 gilt als Generalklausel des Ehe- und Familienrechts jedoch nicht nur für die Verpflichtungen aus Schlüsselgewaltsgeschäften, sondern auch für die Berechtigungen. Der Eigentumserwerb des Ehemannes im Rahmen des § 1357 I 2, 1. Halbs. erfolgt aber an sich nur deshalb und ist nur deshalb durch § 1353 gedeckt, weil der in der Regel verdienende Ehemann zum Schutze der meist vermögens- und einkommenslosen Ehefrau die Pflichten aus Schlüsselgewaltsgeschäften zu tragen hat. Muß aber die Ehefrau bei Zahlungsunfähigkeit ihres Ehemannes gemäß § 1357 I 2, 2. Halbs. auf diesen Schutz verzichten, so ist der Eigentumserwerb des Ehemannes nicht mehr durch § 1353 gedeckt. Da diese akut gewordene Zahlungsverpflichtung letztlich der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft entspricht, muß auch das Korrelat - der Übereignungsanspruch gegen den Ehemann - aus der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft und damit aus § 1353 folgen.

Es erscheint daher insoweit gerechtfertigt, der Ehefrau im Falle des § 1357 I 2, 2. Halbs. einen Anspruch auf Übereignung der von ihr bezahlten aber vom Ehemann im Rahmen der Schlüsselgewaltsgeschäfte erworbenen Gegenstandes gemäß § 1353 zuzubilligen, ohne daß es insoweit eines Rückgriffs auf schuldrechtliche Normen bedarf.

Dieses Ergebnis erscheint aber noch insofern bedenklich, weil nach den bisherigen Überlegungen lediglich der auch im Innenverhältnis auf Grund ihrer erhöhten Unterhaltspflicht zur Zahlung verpflichteten Ehefrau ein derartiger Übereignungsanspruch zusteht. Dagegen wäre die nur im Außenverhältnis gemäß

1) S.O.S. 111.

§ 1357 I 2, 2. Halbs. zur Zahlung verpflichteten Ehefrau an sich allein auf die gemäß § 426 I 1 und § 426 II 1 erworbenen Zahlungsansprüche gegen ihren Ehemann angewiesen. Das ist insbesondere deshalb unbillig, weil der Wert dieser Zahlungsansprüche, die sich auf Grund der Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes in den meisten Fällen nicht verwirklichen lassen werden, in aller Regel nur sehr gering ist. Hat aber die auch im Innenverhältnis verpflichtete Ehefrau einen wesentlich ausichtsreicheren Übereignungsanspruch gegen ihren Ehemann, so muß das um so mehr für die im Innenverhältnis nicht verpflichtete Ehefrau gelten. Denn die ihrem Ehemann gegenüber nicht zu erhöhter Unterhaltsleistung verpflichtete Ehefrau hat mit ihrer Kaufpreiszahlung mehr getan als ihrer Verpflichtung im Innenverhältnis entsprach und muß daher erst recht einen Anspruch auf Übereignung haben.

Auf Grund eines derartigen Übereignungsanspruchs scheiden auch hier die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung von vornherein aus¹⁾. Entspricht es aber der ehelichen Gemeinschaft, daß die erhöht unterhaltspflichtige Ehefrau durch ihre auch auf Grund des Innenverhältnisses vorgenommene Zahlung aus § 1353 einen Übereignungsanspruch auf den von ihrem Ehemann bereits erworbenen Gegenstand erhält, so muß das erst recht für die im Innenverhältnis nicht verpflichtete Ehefrau gelten. Denn es widerspräche der ehelichen Lebensgemeinschaft, der Ehefrau, die mehr tut als ihrer Verpflichtung im Innenverhältnis entspricht, einen internen Eigentumsausgleich zu verweigern, dagegen der Ehefrau, die nur das tut, wozu sie auch intern verpflichtet ist, einen derartigen Ausgleich zuzuerkennen. Auch die im Innenverhältnis nicht verpflichtete Ehefrau erwirbt daher einen Übereignungsanspruch aus § 1353 gegen ihren Ehemann, den sie wahlweise statt ihrer Ansprüche aus § 426 geltend machen kann²⁾.

1) S.o.S.137 f.

2) Auch Fahr, S. 123, gibt der im Innenverhältnis nicht verpflichteten Ehefrau einen Übereignungsanspruch; doch leitet Fahr diesen Anspruch mit Hilfe eines Erstrecht-Schlusses aus dem von ihm (S. 122) bejahten Übereignungsanspruchs der im Innenverhältnis verpflichteten Ehefrau aus § 812 ab.

Auch insoweit ergeben sich daher keine Bedenken gegen die Anwendung des § 1353.

Der Übereignungsanspruch aus § 1353 hätte jedoch für die Ehefrau möglicherweise nur wenig Wert, wenn die gerichtliche Verfolgung eines vermögensrechtlichen Anspruchs aus § 1353 mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens vorgenommen werden müßte. Denn eine derartige Klage führt gemäß § 888 II ZPO zu einem Urteil, das der Zwangsvollstreckung entzogen und auch nicht mittelbar durch gerichtliche Strafen durchsetzbar ist. Es erscheint jedoch wenig sinnvoll, auch die vermögensrechtlichen Ansprüche aus § 1353 den Beschränkungen der Herstellungsklage zu unterwerfen. Würde man beispielsweise den Anspruch der Ehefrau auf Übereignung des von ihr bezahlten aber vom Ehemann gemäß § 1357 I 2 erworbenen Gegenstandes den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung entnehmen, so wäre der Anspruch nicht durch die §§ 606 ff, 888 II ZPO beschränkt¹⁾. Entnimmt man dagegen einen derartigen Anspruch mit annähernd gleichem Inhalt und gleichem Ziel dem § 1353, so ist es wenig überzeugend, diesen vermögensrechtlichen Anspruch im Wege der Herstellungsklage geltend zu machen und damit der Vollstreckung zu entziehen. Kaum überzeugend wäre es auch, die vom Gesetzgeber speziell geregelten vermögensrechtlichen Ansprüche des Familienrechts anders zu behandeln als die aus § 1353 herzuleitenden vermögensrechtlichen Ansprüche. Das gilt im vorliegenden Fall insbesondere deshalb, weil auch ein Teil der ausdrücklich normierten vermögensrechtlichen Ansprüche unter Eheleuten ihren Ursprung in der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft haben²⁾, während der Anspruch auf Übereignung im Rahmen des § 1357 I 2, 2. Halbs. vom Gesetzgeber an sich anerkannt wurde³⁾ und nur aus Zweckmäßigkeitserwägungen und aus Furcht vor daraus herzuleitenden Analogie-, Erstrecht- und Umkehrschlüssen nicht ausdrücklich normiert, sondern seine Konstruktion vielmehr bewußt der Literatur und Rechtsprechung überlassen wurde⁴⁾.

1) Vgl. die oben Seite 136 Fußn. 1 und 2 zitierten Autoren.

2) So z.B. der Unterhaltsanspruch.

3) Vgl. z.B. 57. Protokoll des Unterausschusses, S. 16 f.

4) S.o.S. 131.

Die Herstellungs-klage mit ihrer Beschränkung durch § 888 II ZPO hat nur dort ihre Berechtigung, wo eine Handlung von Dritten im Rahmen der §§ 606 ff ZPO nicht vorgenommen werden kann, und die Anwendung von Zwang dem sittlichen Empfinden der Beteiligten und der Natur des Verlangten zuwiderläuft. Konsequenterweise hat daher die Rechtsprechung den Schutz des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe - wenn auch nicht mit immer völlig überzeugender Begründung¹⁾ - der Herstellungs-klage entzogen. Die Herstellungs-klage dann aber für den Übereignungsanspruch aus § 1353 vorzusehen, wäre widerspruchsvoll.

Kommt daher die Ehefrau ihrer subsidiären Zahlungsverpflichtung aus § 1357 I 2, 2. Halbs. nach, so ist sie an der rechtlichen Durchsetzung ihres Anspruchs auf Übereignung des vom Ehemann gemäß § 1357 I 2 erworbenen Gegenstandes nicht durch § 888 II ZPO gehindert, sondern dazu im Rahmen der in § 1353 selbst enthaltenen Schranken berechtigt²⁾.

Eine derartige zwangsweise Durchsetzung des Übereignungsanspruches aus § 1353 wird die Ehefrau jedoch in aller Regel während des Bestehens der Ehe nicht vornehmen. Erst bei Auflösung der Ehe wird ein derartiger bereits entstandener Anspruch Bedeutung erlangen, da er dann im Rahmen der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung berücksichtigt werden muß.

b) Miteigentumserwerb der Ehefrau, wenn der Ehemann das Eigentum am Kaufgegenstand noch nicht erworben hat

Ist der von der Ehefrau kraft ihrer Schlüsselgewalt gekaufte Kaufgegenstand im Zeitpunkt ihrer Inanspruchnahme dem Ehemann noch nicht übereignet, so ist zu unterscheiden:

Vereinbart die Ehefrau mit dem Veräußerer einen Eigentumsvorbehalt i.S. des § 455 und erwirbt der Ehemann infolgedessen über § 1357 I 2 eine dingliche Anwartschaft auf das Vollrecht,

1) Vgl. Gernhuber, FamRZ 59, 465 ff(473) FuBn. 77 unter Hinweis auf BGHZ 6, 360 ff(366).

2) Für vermögensrechtliche Ansprüche aus § 1353 ähnlich auch Gernhuber, Lehrbuch, § 23 1 und 2 m.w.N.; ders. FamRZ 59, 473.

so kann diese Anwartschaft grundsätzlich nur in der Person des Ehemannes erstarken, ohne daß die Ehefrau mit ihrer Zahlung diesen Alleinerwerb des Ehemannes verhindern kann, da dem Ehemann die Anwartschaft auch nach dessen Zahlungsunfähigkeit verbleibt¹⁾. Auch wenn die Voraussetzungen eines Verzuges des Ehemannes vorliegen und dem Veräußerer daher das Rücktrittsrecht aus § 455 zusteht und er damit grundsätzlich in der Lage ist, die dingliche Anwartschaft des Ehemannes wieder gegenstandslos zu machen, kann die Ehefrau vom Veräußerer nicht die Ausübung des Rücktrittsrechts verlangen, um dann den Kaufgegenstand vom Veräußerer unmittelbar zu erwerben. Insbesondere wird die Ehefrau auch nach ihrer Inanspruchnahme aus § 1357 I 2, 2. Halbs. nicht Gläubigerin des Erfüllungsanspruches aus dem von ihr kraft Schlüsselgewalt mit Wirkung für ihren Ehemann abgeschlossenen Kaufvertrag²⁾. Solange die Anwartschaft noch besteht, ist es dem Veräußerer auch verwehrt, die Person des Erwerbers frei auszuwählen und das Eigentum auf die Ehefrau zu übertragen, da eine derartige Übereignung als weitere Verfügung gemäß § 161 I relativ unwirksam wäre, während ein gutgläubiger Erwerb der Ehefrau gemäß §§ 161 III, 932 ff am bösen Glauben der Ehefrau scheitert. Auch kann die Ehefrau von ihrem Ehemann nicht die Übertragung der Anwartschaft gemäß § 1353 verlangen und dann mit Bedingungseintritt das Eigentum unmittelbar selbst erwerben. Denn ein Anspruch aus § 1353 steht der Ehefrau erst zu, wenn sie ihrer Zahlungsverpflichtung aus § 1357 I 2, 2. Halbs. tatsächlich nachgekommen ist, also erst mit Bedingungseintritt. Zur Zahlung ist sie bei Zahlungsunfähigkeit ihres Ehemannes dem Veräußerer gegenüber unbedingt verpflichtet, so daß sie auch nicht die Zahlung von der Übertragung der Anwartschaft abhängig machen kann. Kommt die Ehefrau daher ihrer Zahlungsverpflichtung aus § 1357 I 2, 2. Halbs. nach,

1) Die oben (Seite 131) hinsichtlich der dinglichen Surrogation angestellten Überlegungen gelten hier entsprechend, während das sogenannte Gegenleistungsprinzip (s.o.S. 133) hier schon deshalb nicht eingreifen kann, weil dieses Prinzip allenfalls mit Zahlung des Kaufpreises zur Anwendung kommen könnte.

2) Vgl. auch Fahr, u.a. S. 82.

so tritt unabhängig vom möglicherweise nicht mehr vorhandenen Übereignungswillen des Veräußerers¹⁾ die Bedingung ein und der Ehemann erwirbt damit Alleineigentum. Die Ehefrau ihrerseits erwirbt durch ihre Zahlung wiederum - wie auch bei sofortiger Übereignung des Kaufgegenstandes an den Ehemann²⁾ - entsprechend ihrem finanziellen Anteil einen Anspruch aus § 1353 auf vollständige Übereignung des Kaufgegenstandes oder auf Einräumung von Miteigentum bzw. einen Anspruch auf finanziellen Ausgleich oder Ersatz.

Schließt die Ehefrau jedoch mit dem Veräußerer lediglich einen Kaufvertrag über den Kaufgegenstand, so erhält der Ehemann über § 1357 nur einen Erfüllungsanspruch aus § 433 I. Da ihm dieser Anspruch auch nach der subsidiären Inanspruchnahme seiner Ehefrau verbleibt und die Ehefrau aus Schlüsselgewaltgeschäften einen eigenen vertraglichen Anspruch gegen den Veräußerer nicht erhält, stehen ihr nach Erfüllung ihrer subsidiären Zahlungsverpflichtung an sich nur die oben erwähnten Zahlungsansprüche aus § 426 I 1 und § 426 II 1 und - nachdem der Kaufgegenstand dem Ehemann übereignet wurde - der Übereignungsanspruch aus § 1353 gegen ihren Ehemann zu. Vor Übereignung des Kaufgegenstandes auf den Ehemann wird die Ehefrau darüber hinaus noch nach Zahlung des Kaufpreises gemäß § 1353 die Abtretung des Übereignungsanspruches ihres Ehemannes aus § 433 I verlangen können. Unabhängig von einer derartigen Abtretung des Übereignungsanspruches wird man der Ehefrau auf Grund der engen Verflechtung und gegenseitigen Abhängigkeit zwischen ihrer Schuld aus § 1357 I 2, 2. Halbs. i.V.m. § 433 II und der Schuld des Ehemannes aus § 1357 I 2 i.V.m. § 433 II die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320) zubilligen müssen, wenn der Veräußerer nicht Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung seiner Leistungsverpflichtung aus § 433 I nachkommt und den Kaufgegenstand auf den Ehemann übereignet³⁾.

1) Vgl. z.B. Erman-Böhle-Stamschräder, § 455, 4 a; RGRK, § 455 Anm. 11, 14, 18; BGHZ 10, 69 ff(73); 20, 88 ff(97).

2) S.o.S. 138 ff.

3) Hinsichtlich § 320 ähnlich auch Fahr, S. 79 u. 121.

II. Die nicht in den häuslichen Wirkungskreis der Ehefrau fallenden Anschaffungen

Will die Ehefrau das Eigentum mit ihrem Ehemann erwerben, schließt sie aber Geschäfte ab, die nach dem äußeren Zuschnitt ihres Hauswesens nicht in dem ihr zugeordneten häuslichen Wirkungskreis liegen, so ist zu unterscheiden, ob die Ehefrau im eigenen oder im Namen ihres Ehemannes handelt und ob es sich um eine "quantitative Überschreitung"¹⁾ der Schlüsselgewalt oder um ein Geschäft handelt, das von vornherein seiner Art nach nicht in den häuslichen Wirkungskreis fällt.

Kauft die Ehefrau von demselben Veräußerer bei verschiedenen Gelegenheiten von einer Gattungssache zuviel, so daß die gekauften Gegenstände in ihrer Summierung den häuslichen Wirkungskreis überschreiten, aber einzeln durch den Zuschnitt des Hauswesens umfaßt werden, so werden nur die zunächst gekauften und noch vom äußeren Zuschnitt des Haushalts umfaßten Gegenstände nach § 1357 beurteilt. Miteigentum kann nur nach den dort geltenden Konsequenzen eintreten²⁾. Dagegen werden die daran anschließend gekauften Gegenstände nach § 179 behandelt, soweit die Ehefrau im Namen ihres Ehemannes auftritt, während sich eine analoge Anwendung des § 179 rechtfertigt, wenn die Ehefrau im eigenen Namen auftritt³⁾, es sei denn, ihr Ehemann hätte sie rechtsgeschäftlich zur Vornahme dieser weiteren Geschäfte bevollmächtigt bzw. sie gälte nach Rechtsscheinsgrundsätzen als bevollmächtigt. Ansonsten aber entsteht Miteigentum des Ehemannes nur dann, wenn er das Handeln der Ehefrau genehmigt, § 184, oder sie ihm nachträglich Miteigentum einräumt⁴⁾.

Kauft die Ehefrau dagegen von demselben Veräußerer aber bei ein und derselben Gelegenheit zuviel von einer Gattungssache, so wird man eine Trennung entsprechend § 139 vornehmen können und einen Teil der gekauften Gegenstände nach § 1357 und den anderen Teil nach § 179 unmittelbar oder analog behandeln, falls eine Trennung ohne Verletzung des sachenrechtlichen

1) Zu diesem Begriff und zu den nachfolgenden Ergebnissen vgl. insbesondere Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 41 f und Kipp, S. 83 f.

2) S.o.S. 110 ff.

3) S.o.S. 123.

4) S.o.S. 104.

Bestimmtheitsgrundsatz möglich ist¹⁾). Andernfalls müssen die Gegenstände insgesamt nach § 179 beurteilt werden.

Die Grundsätze des § 179 gelten weiterhin auch dann, wenn die Ehefrau einen dem äußeren Bild des Hauswesens nicht mehr angemessenen Gegenstand kauft, dessen preiswertere Ausführung den Wertrahmen des häuslichen Wirkungskreises entsprochen hätte. Eine Aufteilung nach § 139 läßt sich in diesem Falle nicht vornehmen.

Liegt dagegen keine quantitative Überschreitung der Schlüsselgewalt vor, sondern fällt das Geschäft seiner Art nach von vornherein nicht in den häuslichen Wirkungskreis der Ehefrau, so handelt diese als Vertreterin ohne Vertretungsmacht im Sinne der §§ 177 ff, falls sie im Namen ihres Ehemannes auftritt, rechtsgeschäftlich dazu aber nicht bevollmächtigt ist oder nach Rechtsscheinsgrundsätzen gilt. Tritt sie jedoch im eigenen Namen auf, so liegt ein Eigengeschäft der Ehefrau vor und es gelten die allgemeinen Grundsätze²⁾).

C. Beide Ehegatten treten beim Abschluß des dem Erwerb eines beweglichen Gegenstandes zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts gemeinschaftlich auf

Treten beide Ehegatten beim Abschluß des dem Erwerb zugrunde liegenden Kausalverhältnisses dem Veräußerer gegenüber gemeinschaftlich auf, so werden sie auch fast ausnahmslos gemeinschaftlich Vertragspartner des Veräußerers werden. Unproblematisch ist das, wenn sie die Vertragserklärung ausdrücklich und bewußt gemeinschaftlich abgeben. Sie werden aber auch dann gemeinschaftlich Vertragspartei, wenn sie sich über eine derarti-

1) Anderes gilt, wenn die Ehefrau die gesamten Gegenstände in verschiedenen Geschäften kauft und keiner von den Veräußerern etwas von den anderen Käufen wissen konnte; in diesen Fällen wird der Ehemann über § 1357 insgesamt verpflichtet und berechtigt; vgl. Staudinger-Hübner, § 1357 Rdnr. 17 m.w.N.

2) Vgl. auch Gernhuber, Lehrbuch, § 19 III 1; mißverständlich insoweit Fahr, S. 57.

ge gemeinschaftliche Bindung keine detaillierten und rechtlich relevanten Vorstellungen machen. Selbst dann werden sie gemeinschaftlich Vertragspartei, wenn sie die Alleinverpflichtung eines bestimmten Ehegatten zwar wollen, diese Absicht aber nicht zum Ausdruck bringen, und auch nicht von der Art und dem Verwendungszweck des zu erwerbenden Gegenstandes her eindeutig daraus geschlossen werden kann, daß der Gegenstand nur von der Ehefrau oder dem Ehemann gekauft sein kann. Denn der Veräußerer kann in diesen Fällen von seinem Standpunkt aus nur annehmen, die ihm gegenüber im anscheinend gegenseitigen Einvernehmen gemeinschaftlich handelnden Ehegatten wollten auch gemeinschaftlich seine Vertragspartner werden. Schließt der Veräußerer aber das Kausalgeschäft mit beiden Ehegatten ab, so wird er den betreffenden Gegenstand entsprechend seiner Verpflichtung auch an sie gemeinschaftlich übereignen wollen, so daß die Ehegatten - soweit ein anderer Wille für den Veräußerer nach objektiver Betrachtungsweise wiederum nicht erkennbar ist - bei Bargeschäften und sonstigen bedingungslosen Übereignungen das Eigentum sofort und bei Kreditgeschäften unter Eigentumsvorbehalt nach Bedingungsseintritt erwerben und daher Miteigentümer nach Bruchteilen werden¹⁾.

D. Schenkungen an und unter Ehegatten

Neben Übereignungen an Ehegatten, denen Kaufverträge zugrunde liegen, spielen allenfalls noch die Übereignungen an Ehegatten eine Rolle, die unentgeltlich vorgenommen werden.

Auch hierbei ist konstruktiv ein gleichzeitiger Miteigentumserwerb der Ehegatten möglich, gleichgültig ob sich beide Ehegatten gemeinschaftlich mit dem Schenker über den Eigentumsübergang einigen und das Geschenk auch gemeinschaftlich in

1) Beide Ehegatten werden zwar - s.o.S. 62ff - keine besonderen Vorstellungen hinsichtlich Miteigentum haben. Sie haben vielmehr die Vorstellung, die - falls sie allein auftreten würden - den Erwerb des Alleineigentums zur Folge hätte. Treten sie gemeinsam auf, kann aber nicht jeder das Alleineigentum erwerben. Miteigentum ist daher insoweit konsequent. Im Ergebnis besteht darüber - unabhängig vom Meinungsstreit beim allein auftretenden Ehegatten - Einigkeit.

Besitz nehmen, oder ob dies lediglich ein Ehegatte tut, der gleichzeitig für sich und seinen Ehepartner handeln will. Im Ausgangspunkt gelten hier die gleichen Grundsätze für beide, dem Schenker gegenüber jeweils allein auftretende Ehegatten, wie sie oben für das Handeln des Ehemannes skizziert wurden¹⁾. Hier kann sich allerdings der Wille der Ehegatten nicht wie dort an der gemeinschaftlichen Finanzierung oder dergleichen orientieren. Entscheidend für den Beschenkten ist hier zunächst allein die erkennbare Absicht des Schenkenden. Daher bleibt auch nur ein kleines Anwendungsgebiet für ein dingliches "Handeln für den es angeht", da es dem Schenkenden meistens vom äußeren Anlaß, dem Zweck und dem inneren Beweggrund für die Schenkung her nicht gleichgültig sein wird, wer von den Ehegatten unmittelbar erwirbt.

Eigentumsverschiebungen unter den im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebenden Ehegatten finden in der Regel auf Grund von Schenkungen statt. Kaufverträge und ähnliche Vereinbarungen oder Vermögensverschiebungen auf Grund der Unterhaltspflicht spielen unter Ehegatten dagegen nur eine sehr untergeordnete Rolle. Da überdies die Erfüllung derartiger entgeltlicher Verträge nach den gleichen Grundsätzen erfolgt wie Handschenkungen oder die Erfüllung von Schenkungsversprechen, kann von einer gesonderten Betrachtung dieser seltenen Fälle abgesehen werden.

Will ein allein besitzender Ehegatte seinem Ehepartner lediglich Miteigentum und Mitbesitz einräumen, so kann er dies ohne weiteres nach § 929, 1 vornehmen²⁾. Will dagegen ein Ehegatte seinem bereits mitbesitzenden Ehepartner unter Beibehaltung des Mitbesitzes Miteigentum einräumen, so erheben sich konstruktiv gegen eine Übereignung nach § 929, 2 keine Bedenken³⁾, da der erwerbende Ehegatte bereits die Besitzposition inne hat, die seinem zu erwerbenden Miteigentumsanteil entspricht⁴⁾.

Im allgemeinen will jedoch ein Ehegatte seinem Ehepartner das Alleineigentum an dem geschenkten Gegenstand übertragen. Das

1) S.o.S. 81 ff.

2) S.o.S. 87 ff.

3) S.o.S. 61.

4) S.o.S. 89 f.

will er nicht nur dann, wenn der zugewandte Gegenstand nur für den Beschenkten persönlich gedacht und für ihn von Interesse ist, wie z.B. bei Kleidung, Schmuck oder dergleichen, sondern auch dann, wenn der Gegenstand in den gemeinschaftlichen Haushaltsbereich eingegliedert werden soll und nur dort seine Funktion erfüllen kann. Derartige Geschenke sind gerade unter jungen Eheleuten, die sich noch in der "Aufbauphase"¹⁾ ihrer Ehe befinden, häufig. Daher will z.B. auch ein Ehemann seiner Ehefrau in der Regel Alleineigentum einräumen, wenn er ihr ein Küchengerät oder ähnliches schenkt. Es hieße die Absicht des schenkenden Ehegatten zu verkennen, wollte man - wie es zum Teil getan wird²⁾ - in letzteren Fällen grundsätzlich annehmen, der Schenker wolle dem Beschenkten lediglich Miteigentum einräumen. Denn die Ehegatten machen durchaus einen Unterschied zwischen der gemeinschaftlichen Anschaffung eines Küchengeräts und der Schenkung eines Küchengeräts von einem Ehemann an seine Ehefrau. Gerade dieser Unterschied würde ignoriert und die Geschenke würden ihrer Eigenart und ihres Werts beraubt, wenn derartige Geschenke lediglich als gemeinschaftliche Anschaffungen zu bestimmten Anlässen wie Weihnachten, Geburtstagen oder dergleichen behandelt würden.

Ist der sein Alleineigentum übertragene Ehegatte vor Übertragung alleiniger Besitzer, so wird er das Eigentum gemäß § 929, 1 durch Einigung und Einräumung des Alleinbesitzes übergehen lassen. Handelt es sich dabei um einen Gegenstand, der zur Benutzung im gemeinschaftlichen Haushaltsbereich vorgesehen ist, so wird der beschenkte Ehegatte dem schenkenden Ehegatten anschließend durch Eingliederung des Gegenstandes in diesen Bereich wiederum Mitbesitz einräumen.

Zweifelhaft ist jedoch, ob eine derart unproblematische Übertragung dann möglich ist, wenn das Alleineigentum von einem auf den anderen Ehegatten übergehen soll, beide Ehegatten

1) S.o.S. 68.

2) Vgl. z.B. OLG Celle Nds. Repfl. 60, 231 f; OLG Schleswig Schl.H.A. 53, Nr. 6, 139. Diese Ansicht wäre überzeugend, wenn der Ausgangspunkt gerechtfertigt wäre, daß beide Ehegatten grundsätzlich Miteigentum erwerben (und erwerben wollen); gerade das aber muß mit der vorliegenden Untersuchung verneint werden.

aber bereits vor Übereignung Mitbesitzer sind und auch nach Übereignung bleiben sollen.

Hierzu sind verschiedene Konstruktionswege denkbar. So ließe sich der Übergang des Volleigentums unter mitbesitzenden Ehegatten möglicherweise durch Einigung und Vereinbarung eines Besitzkonstituts¹⁾ bzw. durch eine Häufung von brevi manu traditio und Besitzkonstituts²⁾ bejahen. Ein derartiger Eigentumsübergang könnte unter Umständen aber auch gemäß § 929, 1 eintreten, wenn der übergreifende Ehegatte dem erwerbenden Ehegatten den Gegenstand übergibt und damit jede Besitzposition verliert und sich dann nach Übereignung den Mitbesitz wieder einräumen läßt³⁾. Doch werden derartige Konstruktionen häufig entweder an ihren lebensfernen Anforderungen scheitern - so, wenn z.B. die vollständige Übergabe des Gegenstandes und die anschließende Wiedereinräumung des Mitbesitzes Voraussetzung wäre - oder die Konstruktionen sind auf bedenkliche Unterstellungen angewiesen - so wenn zu fordern wäre, daß der im Mitbesitz verbleibende, übergreifende Ehegatte seinen Mitbesitz nun für seinen Ehepartner mittelt -. Denn für den ersteren Weg ist schon zweifelhaft, ob die Übergabe je den Anforderungen genügen wird, die an den Alleinbesitz des erwerbenden Ehegatten zu stellen sind⁴⁾. Insbesondere aber werden die normalen, nicht sehr rechtskundigen Ehegatten diese Möglichkeit kaum auswählen, da sie keinen Anlaß sehen werden, einen derart ungewöhnlichen, sich allenfalls aus konstruktiven Erwägungen heraus rechtfertigenden Weg einzuschlagen und

1) So Palandt-Hoche, § 929, 3 a; Erle, S. 132 ff und 146 f m.w.N.; auch RGRK-Johannsen, § 929 Anm. 45.

2) So Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 66 FuBn. 31; Huber, LZ 30, 1310 ff.

3) Auf diese Möglichkeit weist z.B. Erle, S. 120 f mit kritischer Stellungnahme hin.

4) Vgl. die strengen Anforderungen, die das RG JW 14, 147 f und RGZ 108, 122 ff stellte; die Frage, ob die Übergabe den Anforderungen genügt, die an den Alleinbesitz des erwerbenden Ehegatten zu stellen sind, stellte sich oben Seite 149 in dieser Schärfe nicht; denn dort besaß zunächst nur der eine Ehegatte, während hier der Gegenstand nach wie vor in gleicher Weise von beiden Ehegatten weiter benutzt wird und daher die Preisgabe der tatsächlichen Gewalt durch den übergreifenden Ehegatten problematisch ist.

die Besitzverhältnisse an dem Gegenstand im Zeitpunkt der Übereignung aufzuheben. Die zweite Möglichkeit aber läßt zu sehr außer acht, daß ein Ehegatte, der einen dem anderen Ehegatten allein gehörenden Gegenstand mitbesitzt, die tatsächliche Gewalt häufig nicht als Fremdbesitzer, sondern als Eigenbesitzer ausüben wird¹⁾. Er wird daher wohl auch bei einer Übereignung eher Eigenbesitzer bleiben als Fremdbesitzer werden, soweit in normalen Zeiten der Ehe eine derartige Einordnung überhaupt angemessen ist. Es wurde zwar oben gezeigt²⁾, daß die Ehegatten unter sich durchaus eine Eigentumsgrenze anerkennen und auch angeben, wenn sie danach gefragt werden. Doch konnte ebenfalls nachgewiesen werden, daß diese Grenze in krisenlosen Zeiten der Ehe nur latent vorhanden ist³⁾. Die sachenrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten haben keine aktuelle Bedeutung, da sich das tatsächliche Schicksal des einzelnen Gegenstandes lediglich nach der Eigengesetzlichkeit der Familie und Ehe vollzieht und nicht nach der sachenrechtlichen Zugehörigkeit. Anders als gegenüber Dritten besteht für die Ehegatten untereinander in aller Regel kein Bedürfnis, die Eigentumsverhältnisse sich immer wieder zu vergegenwärtigen und die Eigentumsgrenze immer wieder neu zu ziehen. Der einzelne Ehegatte sieht daher hinsichtlich des Mitbesitzes wohl kaum einen Unterschied, wenn der Gegenstand ihm oder wenn er seinem Ehepartner gehört. Daher wird wohl auch ein Ehegatte, der einen bereits im Mitbesitz stehenden und gemeinschaftlich benutzten Gegenstand unter Beibehaltung des Mitbesitzes seinem Ehepartner zu übereignen beabsichtigt, dem Ehepartner kaum anders gegenüber besitzen wollen, nachdem er sich mit diesem über den Eigentumsübergang geeinigt hat. Eine kurzzeitige Änderung des Besitzwillens nur für den Augenblick der Einigung anzunehmen, erscheint als eine nicht gerechtfertigte Unterstellung und ist daher noch zweifelhafter. Versucht man den Mitbesitz eines Ehegatten an den Gegenständen seines Ehepartners bzw. an den Gegenständen, die er diesem übereignen will, zu charakterisieren, und sieht man von der geringen Eignung der Alternativen Fremd- und Eigenbesitz im Rahmen einer derartigen Charak-

1) Ähnlich auch Westermann, § 20 I, der im Normalfall von Eigenbesitz eines Ehegatten ausgeht, gleichgültig welcher Ehegatte Eigentümer ist.

2) S.o.S. 60 ff.

3) S.o.S. 60 ff.

terisierung einmal ab, so liegt Eigenbesitz wohl näher als Fremdbesitz. Denn Eigenbesitz erfordert lediglich die Sache wie ein Eigentümer zu besitzen, nicht dagegen das Bewußtsein, Eigentümer zu sein¹⁾, so daß auch ein Dieb in aller Regel Eigenbesitzer einer gestohlenen Sache ist. Der einzelne Ehegatte versteht den gesamten häuslichen Bereich als funktionelle Einheit²⁾, der ihm gemeinschaftlich mit seinem Ehepartner zum Mitbesitz und zur Mitbenutzung zusteht, gleichgültig wer Eigentümer der einzelnen Gegenstände ist. Die einzelnen Gegenstände benutzt er unabhängig vom Eigentum wie ein Eigentümer. Er gebraucht und verbraucht in gleicher Weise, er bearbeitet, verarbeitet, nutzt ab, bessert aus und ist sorgfältig oder unsorgfältig bei eigenen Gegenständen ebenso selbstverständlich wie bei den seines Ehepartners³⁾. Seine Einstellung gegenüber allen mitbenutzten Gegenständen des häuslichen Bereichs entspricht daher im Zweifel mehr dem Eigenbesitz als dem Fremdbesitz. Ein derartiger Eigen-Mitbesitz findet seinen sinnfälligen Ausdruck in den oben erwähnten Formulierungen wie "unser Hausrat", "wir schaffen uns" an oder dergleichen.

Es erscheint daher angebrachter, für die Übertragung des Voll-eigentums unter mitbesitzenden Ehegatten allein die dingliche Einigung nach § 929, 2 ausreichen zu lassen⁴⁾. Zwar ist der Eigentumsübergang durch bloße Einigung nach § 929, 2 an sich die Übereignungsform für die Fälle, in denen eine Übergabe nicht mehr erfolgen kann, weil der Erwerber schon alleiniger Besitzer ist. Letzterer Gedanke wird aber nicht immer konsequent durchgeführt, so z.B. dann, wenn die Übereignung durch bloße Einigung bei den Gegenständen zugelassen wird, die besitzlos sind⁵⁾ oder bei denen dem Veräußerer lediglich ein

1) Unterscheidung zwischen animus domini und opinio domini; h.M., vgl. z.B. RG JW 16, 40; Erman-Westermann, § 872, 1.

2) S.o.S. 60.

3) Auf diesem Gedanken beruht auch der Haftungsmaßstab des § 1359 (culpa in concreto).

4) So Baur, Lehrbuch, § 51 V 4 b; vgl. auch RG LZ 15, 51 und Staudinger-Seufert, § 929 Rdnr. 30 c (im Gegensatz zu § 929 Rdnr. 18 c).

5) Vgl. z.B. Westermann, § 41 II 3; Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 67 II 2 m.w.N. auch für die Gegenansicht.

Herausgabeanspruch aus § 985 gegen einen Dritten zusteht¹⁾. Daher wird man auch bei einer Übereignung durch bloße Einigung unter Ehegatten Alleinbesitz des erwerbenden Ehegatten nicht unbedingt voraussetzen müssen. Auch wenn die herrschende Meinung²⁾ verlangt, der Veräußerer dürfe bei einer Übereignung durch bloße Einigung keine unmittelbare Besitzposition mehr an den zu veräußernden Gegenstand ausüben, so wird man von diesem Grundsatz jedoch absehen können, wenn das Eigentum unter Beibehaltung des Mitbesitzes von einem mitbesitzenden Ehegatten auf den bereits als Eigenbesitzer mitbesitzenden anderen Ehegatten übertragen wird. Denn auf Grund des Eigenbesitzes des Erwerbers besteht eine ausreichende tatsächliche Beziehung zur Sache, während das Erkennbarkeitsinteresse an sachenrechtlichen Vorgängen in diesem Sonderfall nicht verletzt wird. Auch ist bei dieser Lösung die Gefahr einer Gläubigerbenachteiligung nicht sehr groß, da zugunsten des Gläubigers die Vermutungen des § 1362 und des § 739 ZPO eingreifen und dem Gläubiger überdies gemäß § 2 Ziffer 4 AnfG und § 32 Ziffer 2 KO der Nachweis offensteht, die Übereignung sei zum Zwecke der Benachteiligung der Gläubiger erfolgt. Auch unter mitbesitzenden Ehegatten kann daher der eine Ehegatte dem anderen Ehegatten das Alleineigentum ausnahmsweise unter Beibehaltung des Mitbesitzes durch bloße Einigung übertragen³⁾.

1) Westermann, § 41 II 4 b; Wolff-Raiser, Sachenrecht a.a.O., m.w.N. auch für die Gegenansicht.

2) Vgl. z.B. Palandt-Hoche, § 929, 4; Erle, S. 119 m.w.N.

3) Dieses Ergebnis unterscheidet sich nicht sehr von jenen Lösungen, die für die Übereignung unter mitbesitzenden Ehegatten ein Besitzkonstitut verlangen, von dessen Vereinbarung aber absehen, sondern allein das Bestehen eines aus der ehelichen Lebensgemeinschaft folgenden Besitzmittlungsverhältnisses ausreichen lassen (s.o.S. 95 Fußn. 1); die Vertreter dieser Ansicht stoßen aber auf die oben erwähnten Schwierigkeiten, das die Ehegatten unabhängig von den Eigentumsverhältnissen die gemeinschaftlich benutzten Gegenstände im Zweifel eher als Eigenbesitzer denn als Fremdbesitzer besitzen.

E. Der Erwerb von Liegenschaften

Bei Grundstücken gibt grundsätzlich das Grundbuch Auskunft über die Eigentumsverhältnisse. Auch wenn der nach außen auftretende und später im Grundbuch eingetragene Ehegatte für seinen Ehepartner miterwerben will, ist kein Raum für einen echten dinglichen Miterwerb des im Grundbuch nicht eingetragenen Ehegatten. Hier kann der im Regelfall bei gemeinschaftlicher Finanzierung gegebene Wille, gemeinschaftlich zu erwerben, allenfalls zu einer schuldrechtlichen Beteiligung führen. Da der Erwerb eines Grundstücks ebenso wie der Erwerb eines beweglichen Gegenstandes im allgemeinen aber nicht das Mittel zur Erreichung eines weiteren gemeinsam zu verfolgenden Zweckes im Sinne des Gesellschaftsrechts ist¹⁾, scheidet ein auf Grund einer zwischen den Ehegatten zustande gekommenen Innengesellschaft entstehender Anspruch auf Übertragung eines Miteigentumsanteils von vornherein aus. Erwirbt jedoch ein Ehegatte im Einverständnis mit seinem Ehepartner ein Grundstück und finanzieren beide Ehegatten den Erwerb gemeinschaftlich, so will der nach außen auftretende Ehegatte das Geschäft nicht nur für eigene Rechnung, sondern auch für Rechnung seines Ehepartners abschließen. Zwischen den Ehegatten liegt dann in aller Regel ein formlos gültiges²⁾ Auftragsverhältnis gemäß §§ 662 ff vor³⁾. Es besteht in einem derartigen Fall auch eine Vermutung, daß der beauftragte Ehegatte sich seinem Ehepartner gegenüber pflichtgemäß verhält und entsprechend dem Auftrag tätig wird. Auf Grund dieses Auftrags erwirbt der nach außen nicht auftretende Ehegatte gemäß § 667 einen Übereignungsanspruch auf das aus der Geschäftsführung Erlangte. Auch hier besteht das Erlangte - ähnlich wie beim Fahrniserwerb in der Hälfte des Erworbenen⁴⁾, auch wenn dies der finanziellen Beteiligung an sich nicht entspricht.

1) So ausdrücklich der BGH FamRZ 60, 58 ff(59) für den Erwerb eines Grundstücks, auf dem die Ehegatten ein Wohnhaus für den eigenen Gebrauch erstellen wollen.

2) BGH a.a.O.

3) Ansonsten unter Umständen eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag, so daß der nach außen auftretende Ehegatte auch dann gemäß §§ 677, 681, 2 einen Anspruch auf Einräumung eines Miteigentumsanteils aus § 667 hat.

4) S.o.S. 75.

LEBENS LAUF

Am 25. Juli 1938 wurde ich in Berlin als Sohn des inzwischen verstorbenen Ministerialbeamten und Dozenten Dr. Ing. Kurt Annecke und seiner Ehefrau Claire geb. Balistier geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der Volksschule in Klein Münche/Warthegeau und Braunschweig bestand ich die Aufnahmeprüfung zur Staatlichen Neuen Oberschule in Braunschweig. Im Jahre 1955 wechselte ich zur Goethe-Schule in Bochum. Dort legte ich Ostern 1959 die Reifeprüfung des sprachlichen Zweiges ab. Nach Ableistung meines Wehrdienstes als Fahnenjunker begann ich 1960 in Freiburg i.Br. mit dem Studium der Rechtswissenschaft, das ich ab Wintersemester 1961/62 in Münster fortsetzte und am 2. Oktober 1964 mit dem 1. juristischen Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm abschloß. Nach dem juristischen Vorbereitungsdienst bestand ich am 12. September 1968 das Assessorexamen vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf. Zur Zeit bin ich Rechtsanwalt in Münster.

